



NOMOS

REVISTA DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO - UFC

Solicita-se permuta
Pídese canje
On demande l'échange
Si richiede la scambio
We ask for exchange
Wir bitten um Austausch.



NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC

Fortaleza

2009/1

NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC

Volume 29.1 – jan/jun – 2009/1

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Theresa Rachel Couto Correia

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes (UFC)

António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra)

Charles D. Cole (Samford University)

Denise Lucena Cavalcante (UFC)

Elizabeth Salmón (PUC/PERU)

Eros Grau (USP)

Federico Di Bernardi (Universidad Nacional de La Plata)

Fernando Facury Scaff (UFPA)

Francisco Queiroz Cavalcanti (UFPE)

Gilles Lebreton (Université du Havre)

Hugo de Brito Machado (UFC)

João Luis Nogueira Matias (UFC)

Jorge Miranda (Universidade Católica Portuguesa)

José Luis Caballero (Universidad Iberoamericana de México)

Paulo Bonavides (UFC)

Willis Santiago Guerra Filho (PUC/SP)

Wolf Paul (Universität Frankfurt am Main)

Design

Jônatas Barros

Ítallo Nunes Cardoso

Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC.
v. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral.
Órgão oficial do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal
do Ceará.

ISSN - 1807-3840

1 - Direito-periódico.

1 - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito
Curso de Mestrado em Direito.



SOBRE OS AUTORES

Antônio José Avelãs Nunes

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra

Daniel Rocha Corrêa

Professor da PUC Minas e Mestre em Direito Econômico pela UFMG.

Eric Canal-Forgues

Professor da Universidade de Paris Descartes, Advogado em Paris.

Fayga Silveira Bedê

Doutoranda em Sociologia pela UFC. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professora do Curso de Direito da Faculdade Christus. Editora-Chefe da Revista Opinião Jurídica.

Heron José de Santana Gordilho

Doutor/UFPE. Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA. Coordenador do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direito Ambiental e Direito Animal - NIPEDA/UFBA. Promotor de Justiça em Salvador.

Joyceane Bezerra de Menezes

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora adjunta do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, nas disciplinas “Direito de Personalidade” e “Política Jurídica e Responsabilidade Civil”.

Luis Rodríguez Ennes

Catedrático de Derecho Romano Universidad de Vigo (España). Académico de las RR. AA. de Jurisprudencia y Legislación y de la Historia.

Manuel Faustino

Consultor Fiscal em Portugal, Docente Universitário

Mário André Machado Cabral

Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Aluno do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Doutor em Direito Tributário, Mestre e Especialista em Ciências Penais (UFMG). Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC), na Graduação e no Mestrado. Professor da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor do Mestrado em Direito da Universidade Potiguar (UnP – em implantação). Coordenador dos Cursos de Especialização da FESAC (Fundação Escola Superior de Advocacia - OAB/CE). Assessor Jurídico do Corregedor Geral da Justiça do Estado do Ceará (TJCE).

Paulo Ferreira da Cunha

Professor Catedrático de Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Doutor em Direito das Universidades de Coimbra e Paris II.

Peter Gilles

Docente do Institute of Comparative Law - Faculty of Law - Johann Wolfgang

Priscila Dalla Porta Niederauer Cantarelli

Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Integrante do grupo de pesquisa em Direitos Humanos da UNISC.

Reginaldo da Costa

Doutor em Ética e Filosofia Política pela PUCRS, Professor de Ética do Discurso e de Teoria dos Direitos Fundamentais do Mestrado em Filosofia da UECE, Professor de Filosofia do Estado do Mestrado em Direito da UFC e de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFC, Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Filosofia Moderna do Direito da Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Professor Convidado da Escola de Magistratura do Estado do Ceará, Líder do Grupo de Pesquisa Filosofia dos Direitos Humanos da UFC e Líder do Grupo de Pesquisa Ética e Direitos Humanos da UECE.

Rui Verlaine Oliveira Moreira

Docente do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Lateranense, PUL, Itália. Pós-doutor pela Universidade de Colônia, U.K., Alemanha.

Tércio Aragão Brilhante

Procurador Federal. Mestrando em Direito Constitucional. PPGD-UNIFOR.



EDITORIAL

O Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará tem a satisfação de prazer apresentar este primeiro volume de 2009 da Revista NOMOS, periódico semestral de grande relevância acadêmica.

Com artigos vinculados à temática do direito constitucional, inicia-se a publicação com trabalho de Daniel Rocha Correia intitulado “Apontamentos sobre o princípio constitucional da liberdade de concorrência”, seguido pelo artigo de Fayga Silveira Bedê e Tércio Aragão Brilhante denominado “Da (In)segurança jurídica e de seu desamparo simbólico à ampliação do rol de interpretes da Constituição.” Na seqüência, constam os artigos de Heron José de Santana Gordilho “Justiça Penal consensual e as garantias constitucionais no sistema criminal do Brasil e dos EUA” e de Joyceane Bezerra de Menezes com “Direito constitucional à reparação de danos na sociedade de riscos”.

Ainda na doutrina nacional, colaboram Nestor Eduardo Araruna Santiago com “Princípio constitucional da eficiência e a mini-reforma do código de processo penal”, seguido por Priscila Dalla Porta Niederauer Cantarelli com o artigo “Uma análise dos métodos clássicos de interpretação constitucional em relação a nova hermenêutica: os princípios constitucionais como diretrizes.” Também colaboram os professores Reginaldo da Costa e Rui Verlaine Oliveira Moreira que, respectivamente, escreveram sobre “Pretensão de legitimidade das sentenças jurídicas e justificação racional” e “ Gadamer, reviravolta hermenêutica e direito”.

Destaca-se, ainda, a relevante participação dos professores estrangeiros, que além dos artigos que apresentaram neste volume, visitaram pessoalmente o Programa de Pós-graduação, participando diretamente de atividades acadêmicas, através de Congressos Internacionais e do programa institucional denominado “Diálogos Jurídicos”. Dos visitantes destacam-se o Professor António José Avelãs Nunes, que publica, em versão de artigo, a palestra proferida em concorrido evento na sede do Mestrado para alunos da graduação e pós-graduação da UFC com o tema “Propriedade, direito e estado”. Também escreve neste volume o Professor Paulo Ferreira da Cunha, que tem proporcionado um importante intercâmbio acadêmico entre a Universidade do Porto e a Universidade Federal do Ceará. Seu artigo “Instituições, estado e pessoas” demonstra seu profundo

conhecimento do Direito Constitucional contemporâneo. O Professor Peter Gilles participou este ano dos "Diálogos Jurídicos" com a palestra "Oral, written and electronic proceedings and their efficiency", que aqui disponibiliza como artigo. Outra importante visita neste semestre de 2009.1 foi do tributarista português Manuel Faustino, que contribuiu aqui com a palestra proferida no Congresso Ibero-Americano de Direito Tributário, cuja organização acadêmica é realizada pelos professores deste Programa de Pós-graduação.

Os outros dois artigos internacionais foram enviados pelos correspondentes Eric Canal Forgues, com o artigo "Le droit a l'environnement en droit français et avant la Cour Europeenne des droits de l'homme" e Luis Rodrigues Ennes com o tema "Algunas precisiones en ponto al histórico distanciamiento entre los órganos jurisdiccionales y la ciudadanía: la positiva experiencia anglosajona."

Ao disponibilizar aos estudantes, tanto da pós-graduação quanto da graduação em direito, e aos profissionais da área, a versão impressa e eletrônica de mais um número da Revista NOMOS objetiva-se a publicação de trabalhos científicos consistentes e atualizados servindo como um importante instrumento de pesquisa.



SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

APONTAMENTOS SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DADA LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA <i>Daniel Rocha Corrêa</i>	13
(IN)SEGURANÇA JURÍDICA E DE SEU DESAMPARO SIMBÓLICO À AMPLIAÇÃO DO ROL DE INTÉRPRETES DADA CONSTITUIÇÃO <i>Fayga Silveira Bedê e Tércio Aragão Brilhante</i>	29
JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO SISTEMA CRIMINAL DO BRASIL E DOS EUA <i>Heron José de Santana Gordilho</i>	55
DIREITO CONSTITUCIONAL À REPARAÇÃO DE DANOS NA SOCIEDADE DE RISCOS <i>Joyceane Bezerra de Menezes</i>	73
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DADA EFICIÊNCIA E A MINIRREFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSUAL PENAL <i>Nestor Eduardo Araruna Santiago</i>	87
UMA ANÁLISE DOS MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO À NOVA HERMENÊUTICA: OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO DIRETRIZES <i>Priscila Dalla Porta Niederauer Cantarelli</i>	99
PRETENSÃO DE LEGITIMIDADE DAS SENTENÇAS JURÍDICAS E JUSTIFICAÇÃO RACIONAL <i>Reginaldo da Costa</i>	117
GADAMER, REVIRAVOLTA HERMENÊUTICA E DIREITO <i>Rui Verlaïne Oliveira Moreira, Mário André Machado Cabral</i>	139

DOCTRINA ESTRANGEIRA

PROPRIEDADE, DIREITO E ESTADO

Antônio José Avelãs Nunes157

LE DROIT A L'ENVIRONNEMENT EN DROIT FRANÇAIS ET DEVANT LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Eric CANAL-FORGUES.....209

GARANTIAS DOS CONTRIBUINTES NO DIREITO TRIBUTÁRIO PORTUGUÊS

Manuel Faustino221

INSTITUIÇÕES, ESTADO & PESSOAS

Paulo Ferreira da Cunha251

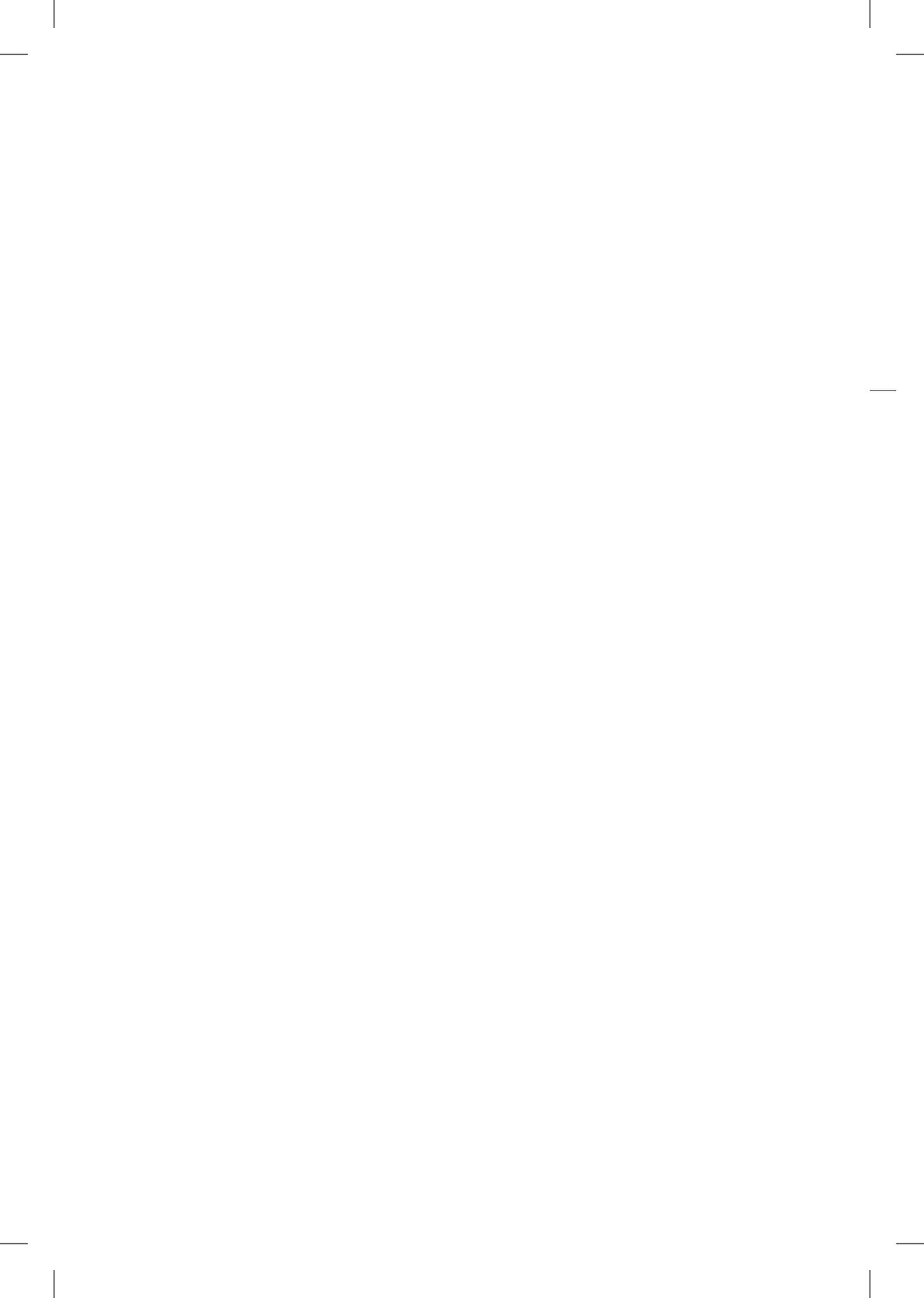
"ORAL, WRITTEN AND ELECTRONIC PROCEEDINGS AND THEIR EFFICIENCY"

Peter Gilles265

ALGUMAS PRECISIONES EN PUNTO AL HISTÓRICO DITANCIAMIENTO ENTRE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y LA CUIDADANÍA: LA POSITIVA EXPERIÊNCIA ANGLOSAJONA

Luis Rodríguez Ennes281

DOUTRINA NACIONAL





APONTAMENTOS SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA

*Daniel Rocha Corrêa*¹

RESUMO

O princípio da liberdade de concorrência é hoje um importante princípio da ordem econômica brasileira e fundamento para o mercado. Este princípio constitucional fundamenta um importante papel do Estado contemporâneo: a defesa da concorrência. Verificamos que para a defesa da concorrência é importante delimitar o mercado, pois precisamos compreender a realidade concreta. Verificamos que a análise do Direito Comparado é útil para o fortalecimento do direito brasileiro. Constatamos que a noção de abuso é essencial na análise da ilicitude de comportamentos anticoncorrenciais. Concluímos que a compreensão da extensão e do significado do princípio da liberdade de concorrência no Brasil será o resultado de uma construção permanente.

Palavras-chave

Ordem econômica. Liberdade de concorrência. Regulação.

ABSTRACT

The principle of freedom of competition is today an important principle of the economic order and fundament of the market. That constitutional principle fundamentans an important function of the contemporaneous nations: the defense of competition. We verify that market definition is important to the defense of competition because we need understands the concrete reality. We verify that comparative law study is useful to the brazilian law strengthening. We certify that abuse notion is essential in the illegality analysis of the anti-competitive behaviours. We conclude that in Brasil the understanding of the length and the notion of the freedom of competition principle will be the results of an permanent construction.

Key-words

Economic order. Freedom of competition. Regulation.

SUMÁRIO

1- Introdução; 2 – Fundamentos da ordem econômica brasileira; 2.1 – O mercado; 2.2 – Concorrência, liberdade de concorrência e defesa da concorrência; 2.3 – A concorrência no mercado; 3 – Considerações sobre a ilicitude em matéria de concorrência; 4 – Conclusões; 5 – Referências bibliográficas.

¹ Professor da PUC Minas e Mestre em Direito Econômico pela UFMG

1 INTRODUÇÃO

Nossa economia tem por atributos essenciais a liberdade de iniciativa, a organização em regime de empresa e a valorização da liberdade de concorrência.

A livre concorrência é um valor fundamental para a economia contemporânea e para o direito, especialmente quando estamos diante da regulação de mercados. Porque a concorrência é uma força que impulsiona o mercado a resultados positivos, como o bem-estar dos consumidores, o princípio da liberdade de concorrência é muito importante para uma economia neoliberal e para o direito que lhe corresponde.

Nessa medida, a liberdade de concorrência é um direito que está no cerne do conjunto de princípios estruturantes da ordem econômica brasileira, conforme prevê a Constituição da República de 1988. Uma das consequências do reconhecimento deste direito é a necessidade de se defender a concorrência. Esta é uma importante atribuição do Estado na condução do fenômeno econômico nos dias de hoje.

Por isso, pretendemos analisar a importância da concorrência para o mercado, o significado do princípio da liberdade de concorrência e a importância da defesa da concorrência para disciplina do fenômeno econômico.

Na primeira parte do trabalho, destacaremos alguns aspectos relacionados ao reconhecimento da liberdade de concorrência como princípio constitucional. Em seguida analisaremos o próprio conceito de mercado, para daí apresentarmos algumas ideias a respeito da importância da concorrência para o mercado a fim de definirmos a liberdade de concorrência e demonstrarmos a necessidade de defesa da concorrência, para a condução jurídica da economia. Abordaremos ainda a necessidade de delimitação do mercado, para melhor compreendermos a incidência da regra de defesa da concorrência. Por fim, faremos algumas observações a respeito das particularidades do ilícito em matéria de concorrência.

Nossa principal conclusão é a de que a compreensão da extensão e sentido do princípio constitucional da liberdade de concorrência é resultado de uma construção continuada.

2 FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

Nossa Constituição Econômica vigente, isto é, o conjunto de normas de mais alta hierarquia do nosso ordenamento jurídico que se voltam à estruturação das bases, ou fundamentos, de uma ordem jurídica da economia brasileira e da disciplina do fenômeno econômico, assenta-se num trio de fundamentos, próprios das economias de mercado: a propriedade privada, a livre iniciativa e a valorização do trabalho.

A estes fundamentos acrescentamos a atribuição expressa ao Estado de um papel de normatização e regulação da economia, cabendo-lhe ainda, em caráter subsidiário, atuar como agente econômico. Paralelamente a isto ainda, o quadro se completa e fortalece a partir de um importante princípio, que é a liberdade de concorrência. Um princípio extremamente importante hoje em dia, quando observamos que os modelos predominantes nos levam a valorizarmos a concorrência como fenômeno benéfico ao equilíbrio do mercado e, quando falamos de regulação econômica, a existência da concorrência justifica o caráter subsidiário da regulação pública.

Então, para o discurso predominante hoje, por detrás de palavras como desregulação ou flexibilização, a concorrência é essencial. Desta forma, no Capítulo da Ordem Econômica, a liberdade de concorrência é um princípio constitucional estruturante da disciplina jurídica do mercado que se irradia da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e das Constituições de diversos países. Um princípio que adquiriu caráter Constitucional recentemente, quando pensamos a própria história do Constitucionalismo.

Para falarmos da Constitucionalização do princípio da liberdade de concorrência, é interessante a análise de como nos Estados Unidos da América esta liberdade ascendeu a uma fundamentalidade própria de princípio constitucional.

Observamos então que a tradição do Common Law anterior à vigência do Sherman Act, que é a Lei Antitruste Norte-Americana, estava voltada para a defesa de direitos individuais; ao passo que o surgimento da legislação antitruste em 1890 é o reflexo da Constitucionalização de outra categoria de direitos: os direitos econômicos, tutelados através da defesa do mercado e da livre concorrência.

Em 1910, ao julgar o caso *Standard Oil CO. of New Jersey v. United States*, a Suprema Corte enxergou a regulação do comércio como instrumento para segurança do governo e de direitos fundamentais, ou seja, como uma garantia ao sistema estabelecido. Vemos na referida decisão:

[...] com competência expressamente outorgada pela Constituição, o Congresso pode regular o comércio entre os Estados e com Estados estrangeiros. Este poder era e é supremo, sua força deve ser dada a outras prescrições da Lei Fundamental, projetadas pelos 'Fundadores' para a segurança do Governo e para proteção e garantia dos direitos essenciais inerentes à vida, liberdade e propriedade. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001a).

Já em *United States v. Topco Associates*, uma decisão de 1972, fica claro o caráter Constitucional dos direitos protegidos pela legislação antitruste: “[...] o direito antitruste em geral, e a Lei Sherman em especial, constituem a Magna Carta da livre empresa. Elas são tão importantes para a preservação da

liberdade econômica e de nosso sistema de livre empresa quanto o Bill of Rights é importante para a proteção de nossas liberdades pessoais fundamentais.”
(ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001b).

Mesmo quando falamos em direito comunitário, a experiência europeia nos mostra a importância da liberdade de concorrência no estabelecimento das bases jurídicas de um mercado. No caso, o mercado europeu.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias orienta-se pela supranacionalidade das normas de defesa da concorrência comunitárias. Neste sentido, em *Walt Wilhelm and others v Bundeskartellamt* (2002a), uma decisão de 1969, encontramos a afirmação de que, em relação ao livre comércio entre o Estados membros, o direito nacional não pode ir contra a uniformidade do direito comunitário. Além disso, em 1999, ao decidir o caso *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV* (2002b), o Tribunal de Justiça confirmou a supremacia do princípio, ao declarar que as normas comunitárias de proteção da liberdade de concorrência integram a ordem pública comunitária.

Também em relação ao Brasil, verificamos que é recente em nossa história o termo inicial do reconhecimento do princípio da liberdade de concorrência por disposição constitucional expressa. Somente a partir de 1946 encontraremos em nossas Constituições referências a esta liberdade fundamental.

Podemos destacar quatro fases na história do direito da concorrência brasileiro. Uma primeira fase, de caráter abstencionista, marcada pela liberdade de iniciativa e pela não intervenção, correspondente ao período em que vigoraram as Constituições de 1824 e de 1891. A segunda fase, a partir da qual já se pode falar de proteção da concorrência no Brasil, contudo, nela, o enfoque das normas, cujo caráter era penal, estava direcionado à proteção da economia popular, se deu tanto sob a égide da Constituição de 1934, quanto da Constituição de 1937. A terceira fase, a partir da qual o foco da proteção, de caráter preventivo, passou a ser o equilíbrio do mercado, por via da proteção da liberdade de concorrência, foi inaugurada a partir da Constituição de 1946. Nessa fase, foi criado o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), contudo faltou efetividade às normas durante essa terceira fase, devido tanto à falta de uma cultura de proteção da concorrência, quanto aos restritos poderes administrativos conferidos àquele órgão. A última fase é caracterizada pela defesa efetiva da concorrência no Brasil e iniciou-se com as transformações do final do século XX, em especial, a abertura do mercado e a diminuição do caráter intervencionista do período anterior, fortalecida pela nova Lei de Proteção da Concorrência, a Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994.

Para compreendermos melhor o significado do princípio da liberdade de concorrência, necessário falar um pouco da importância do fenômeno da concorrência para o mercado. Isto, faremos a seguir.

2.1 O mercado

Em linhas gerais, podemos dizer que no mercado se dão as trocas, ou que o mercado é o espaço econômico onde se dão as trocas.

A partir de relatos antropológicos, como os de Marcel Mauss sobre a dádiva, podemos afirmar que o mercado é uma instituição (criação cultural) dinâmica. Com relação a isso, o autor destacou:

[...] Descrevemos os fenômenos de troca e de contrato nessas sociedades que são, não privadas de mercados econômicos como se afirmou – pois o mercado é um fenômeno humano que, a nosso ver, não é alheio a nenhuma sociedade conhecida –, mas cujo regime de troca é diferente do nosso. Nelas veremos o mercado antes da instituição dos mercadores, e antes da sua principal invenção, a moeda propriamente dita; [...] (2003, p. 188)

O mercado é dotado de historicidade. Enquanto tribos do norte da América organizaram seus mercados com base na gratuidade e no consumo total; enquanto as trocas familiares ou fraternas também são gratuitas e constituem-se por vínculos morais; o mercado capitalista é caracterizado pela atuação dos mercadores, pela adoção da moeda como elemento unificador das trocas e por orientar-se pela lógica da acumulação.

Mesmo assim, os mercadores e a moeda não fizeram desaparecer vínculos que hoje compreendemos fora do mercado. Ao falar da dádiva, Marcel Mauss disse que “[...] essa moral e essa economia funcionam ainda em nossas sociedades de forma constante [...] [a dádiva é] uma das rochas humanas sobre as quais são construídas nossas sociedades [...]” (2003, p. 188-9). No mesmo sentido, Jacques Godbout também destaca a amplitude maior da troca como fundamento da sociedade. Para ele, “[...] o sistema da dádiva não é antes de tudo um sistema econômico, mas o sistema social das relações de pessoa a pessoa. Não é o complemento do mercado ou do plano, mas da economia e do Estado.” (1999, p. 24).

Então, o mercado, quando visto como espaço econômico em um sentido estrito, é apenas uma parte de um mercado maior. As trocas feitas naquele mercado estruturam-se em vínculos mais superficiais e cada vez mais impessoais. Ideias como quantidade, vantagem, utilidade, valor e competição são afins aos valores que nos orientam nesse momento de nossa vida social. No entanto, como procuramos demonstrar acima, este mercado ou esta feição do mercado não é a única nem é um dado anterior ao próprio ser humano. O mercado capitalista é uma criação dotada de historicidade e nada nos diz que esta instituição não se alterará no futuro ou que é impossível a mudança. Porém toda e qualquer mudança substancial só acontecerá na medida em que passarmos a reconhecer como mais importantes outros valores que não aqueles que dão sustentação a esse mercado.

No sentido estrito, que será o que daremos à palavra mercado a partir de agora no texto, François Perroux salienta que o mercado se estrutura numa “[...] rede de trocas que torna todos os preços e quantidades interdependentes. [...] o mercado é o encontro das ofertas e das procuras dum bem ou dum serviço, que gera a formação do preço desse produto ou serviço. [...]” (1967, p. 317 e 320).

Dentro da construção capitalista e liberal, a ideia de mercado caracteriza-se pela crença no valor da concorrência como uma força propulsora da sua regulação. Nessa perspectiva, lembramos que a própria organização da economia brasileira demonstra o relevo que damos ao mercado atualmente. Nossa economia tem por atributos essenciais a liberdade de iniciativa, a organização em regime de empresa e a valorização da liberdade de concorrência.

2.2 Concorrência, liberdade de concorrência e defesa da concorrência

Conforme Pascal Salin, a concorrência é um princípio essencial de todas as atividades humanas (1995, p. 115). Esse princípio nos remete à ideia de competição. Uma ideia que significa “[...] uma luta ou contenda por superioridade [...]” (WHISH, 2001, p. 2) e que, quando aplicada ao mercado, inspira os diversos sujeitos que concorrem à tentativa de superarem seus competidores nas preferências dos consumidores, para permanecerem no mercado e ampliarem suas fatias de participação nele.

Ao lado do fenômeno da concorrência, podemos destacar a liberdade de concorrência como princípio jurídico estruturante de uma determinada ordem jurídico-econômica, quer olhemos para um Estado de inspiração liberal clássica, quer olhemos para um Estado de inspiração neoliberal, como o Estado brasileiro de hoje.

É possível atribuímos dois sentidos complementares ao princípio da liberdade de concorrência. Numa perspectiva, a liberdade de concorrência implica na prerrogativa de competir, ou seja, é o direito de concorrer no mercado. Por outro lado, a liberdade de concorrência impõe um controle, para que prevaleça um mínimo ético e haja efetiva competição, ou seja, leva à necessidade da defesa da concorrência. Esta garantia de um mínimo ético visa, por exemplo, evitar que aqueles que deveriam competir entre si combinem seus preços, falseando os resultados do mercado.

Enquanto o modelo liberal clássico se prendeu àquele primeiro sentido do princípio da liberdade de concorrência, a concepção contemporânea, rotulada de neoliberal, orienta-se pela necessidade de proteção do mercado, para a garantia da concorrência.

De acordo com as crenças predominantes a cada momento, o conteúdo e sentido atribuídos ao princípio da liberdade de concorrência variarão, pois o direito da concorrência é o reflexo de uma determinada política de concorrência. Como Pascal Salin destaca, então, mesmo a teoria tradicional da concorrência

"[...] se converte em teoria normativa ao demonstrar que a realização da concorrência conduz a um ótimo econômico." (1995, p. 5).

Então, de acordo com um enfoque finalístico, podemos utilizar a norma de direito da concorrência como um meio para a realização de objetivos que se apresentem socialmente desejáveis. Richard Whish, por exemplo, atribui à defesa da concorrência o fim de defesa dos consumidores, redistribuição e proteção dos concorrentes (2001, p. 15). É justamente neste seu aspecto que o direito da concorrência assume toda a amplitude que lhe é própria como objeto do direito econômico, tornando-se meio para uma política de concorrência.

Contudo, é importante destacar algumas deficiências próprias da aplicação de modelos na realidade social. Cremos que a observação dessas deficiências nos permitirá compreender melhor as mudanças pelas quais passamos e também buscar meios para lidarmos melhor com a realidade atual. Assim, na explicação da realidade e na formulação de políticas econômicas, recursos teóricos como a abstração nos permitem a construção de modelos menos complexos que tentamos aplicar à realidade. Porém, um problema que surge na hora de nos valermos desse recurso de análise é o de tomarmos o modelo como realidade e, a partir disso, julgarmos os fenômenos verdadeiros como aberrações da realidade social, ao falarmos do comportamento no mercado.

Como Pascal Salin destaca, as políticas de concorrência procuram forçar a realidade a se ajustar a um modelo (um modelo atomista) (1995, p. 90). Para o autor, a teoria econômica tradicional (atomista) é uma construção intelectual que não permite a compreensão da realidade, pois se pauta em abstrações como a de que um agente não se preocupa com o comportamento dos concorrentes e também porque ela não considera as relações de poder (1995, p. 87, 29 e 88).

Nessa mesma linha de crítica, Richard Whish observa que a análise de uma concorrência perfeita não explica adequadamente o comportamento econômico no mundo real (2001, p. 2). Mesmo assim ele defende o mercado e propõe um modelo em que se conjuguem o mercado e a proteção estatal na promoção da concorrência. Segundo o autor, "[...] mercados possibilitam melhores ganhos do que a planificação estatal; no centro da ideia de mercado está o processo de concorrência." (2001, p. 2)

Esta é precisamente a tônica da política de concorrência predominante nos dias de hoje. Uma política que valoriza a liberdade do mercado, mas que dá ao Estado o poder-dever de garantir essa liberdade, segundo um critério de subsidiariedade. Quer falemos de defesa da concorrência hoje, quer de regulação econômica, o mercado está no centro das concepções predominantes que inspiram as diversas políticas de sua própria disciplina.

A atribuição desse papel de garantia ao Estado decorre da maior visibilidade hoje da diferença inerente a cada sujeito que atua no mercado. Uma diferença que ficou mais evidente após a concentração capitalista e a inauguração do capitalismo de grupo, revelando-nos uma assimetria de poder

que faz possível um efeito de dominação e leva à necessidade de repressão ao abuso de poder econômico (PERROUX, 1967).

Como é possível observar, por questões fáticas ou decorrentes do próprio sistema jurídico, há momentos em que apenas um sujeito se lança ao mercado como ofertante ou comprador. Barreiras técnicas ou barreiras legais podem levar a um contexto dessa natureza. Nessa hora, a concorrência fica em risco, já que a livre concorrência caracteriza-se pela ausência de barreiras (SALIN, 1995). Por isso, ao direito da concorrência, atribui-se o objetivo de repressão do comportamento das empresas com poder de mercado (WHISH, 2001, p. 15).

Mesmo conscientes de que qualquer modelo teórico é incapaz de traduzir toda a amplitude inerente à realidade, concordamos com a visão de que num ambiente concorrencial, quando há homogeneidade, a competição impulsiona os indivíduos a buscarem ser os melhores, o que contribui para toda uma prosperidade coletiva.

No entanto, observamos atualmente mudanças na realidade econômica que nos distanciam dessa situação ideal e nos levam a transformações na política de concorrência. Como Richard Whish destaca, vivemos hoje num contexto de “[...] desmopolização, liberalização e privatizações. Estes fenômenos, associados à rápida mudança tecnológica e à abertura do comércio internacional despertam poderosas forças econômicas sem precedentes.” (2001, p. 2).

No centro das forças que impõem essa adaptação, observamos a formação de grupos cujo poder econômico não encontra precedentes na história. Isso nos põe diante de um paradoxo moderno destacado por Pascal Salin que é fruto da necessidade de proteger a concorrência, mas tolerando monopólios (1995, p. 93).

Ainda nesta perspectiva dos desafios impostos pela realidade atual à proteção da concorrência, Gérard Farjat destaca que, embora o direito antitruste tenha nascido nos EUA (Estados Unidos da América) para proteger o mercado diante da concentração, hoje a posição dominante de uma empresa, por exemplo a Microsoft, é essencial para os fins hegemônicos da política internacional daquele país (2004, p. 144).

Então, de um lado observamos uma tendência à acentuação da assimetria no mercado ou à redução do número de concorrentes, e do outro, está a necessidade de proteger a concorrência.

Ainda estamos a reviver os desafios já reconhecidos por François Perroux quando afirmou que “[...] os programas estabelecidos por grandes unidades, desejosas de ganhar à custa umas das outras, não podem realizar-se simultaneamente, e acima deles tem de intervir uma arbitragem.” (1967, p. 14).

Num Estado de Direito, verifica-se então que uma constituição econômica é necessária para conter o poder econômico privado ou público (WHISH, 2001, p. 18). Nesse panorama, a política de concorrência visa restabelecer a igualdade (SALIN, 1995, p. 89).

Nessa perspectiva, Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira esclarecem a nova feição da economia de mercado:

[...] a nova economia de mercado, baseada na iniciativa privada e no (sic) concorrência, depende essencialmente da regulação pública não só para assegurar o funcionamento do próprio mercado mas também para fazer valer os interesses públicos e sociais relevantes que só por si o mercado não garante. (2003, p. 15).

Concordamos com a advertência de Carolina Munhoz, ao afirmar que

"[...] o mais importante está aí: a consciência da importância da defesa do processo competitivo no mercado. E não é qualquer defesa da concorrência, mas sim uma capaz de auxiliar na promoção do processo de desenvolvimento. [...]" (2006, p. 251). Afinal, como Richard Whish destaca, a concorrência contribui para algumas mudanças positivas:

[...] os benefícios da concorrência são preços menores, produtos melhores, mais opções e maior eficiência do que o que se pode obter sob condições de monopólio. Segundo a teoria econômica neoclássica, em condições de concorrência perfeita, o bem-estar do consumidor é maximizado. [...] 'bem estar do consumidor' [...] significa especificamente: que se pode conseguir as eficiências alocativa e produtiva; a combinação da eficiência alocativa com a eficiência produtiva maximiza a riqueza total da sociedade. Outro benefício decorrente da concorrência é que ela tem um efeito dinâmico de estimular a inovação, pois os concorrentes são levados a produzir novos e melhores produtos para os consumidores. (2001, p. 2)

Então, ao destacarmos a possibilidade da concorrência levar à eficiência dinâmica, verificamos, sob uma perspectiva estrita, a possibilidade da concorrência impulsionar o desenvolvimento econômico. Também sob uma perspectiva ampla, a liberdade de concorrência pode impulsionar o desenvolvimento. Como Amartya Sen (2000) afirma, o mercado, porque tem a liberdade como um de seus fundamentos, é uma instituição importante para o desenvolvimento. Na síntese de Carolina Munhoz, vemos que:

[...] A concorrência desempenha um papel fundamental, tanto para garantir a existência de liberdades essenciais ao processo de expansão de liberdades que constitui o desenvolvimento, como ao permitir que a moldura institucional ligada ao mercado funcione de forma a proporcionar maior certeza e segurança aos agentes econômicos. (2006, p. 164)

Nisso, o direito da concorrência se aproxima do direito econômico. Como Gérard Farjat ressalta, "Cada vez mais, a concorrência aparece como uma forma de organização e não como um estado natural, espontâneo, normal." (2004,

p. 126). Por isso, o autor destaca que o direito da concorrência está no cerne do direito econômico contemporâneo e que este interesse, que nos leva a um direito econômico da concorrência, se manifesta a partir de uma perspectiva macroeconômica do mercado, enquanto os concorrentes lhe merecem uma proteção indireta (2004, p. 121-2). No mesmo sentido, Frison-Roche e Bonfils afirmam que o direito da concorrência é um "[...] guardião da livre competição, um direito ao serviço do mercado [...]" e que se orienta por um enfoque macroeconômico (2005, p. 357).

A fim de cumprir o objetivo de defesa da concorrência, é indispensável delimitarmos o mercado em que os concorrentes concorrem. Sobre isso, falaremos a seguir.

2.3 A concorrência no mercado

A delimitação do mercado é um passo indispensável na realização destes objetivos atribuídos à norma de direito econômico e de direito da concorrência. Neste momento, nos deparamos com outra abstração (FARJAT, 2004, p. 122), porque fruto de uma arbitrariedade (SALIN, 1995, p. 90) do esforço de explicação e disciplina do mercado. Então, é necessário um enfoque restritivo na delimitação do mercado, para resguardar a eficácia da própria concorrência (FARJAT, 2004, p. 138).

Diante disso, verificamos com Richard Whish que a definição do mercado é uma ferramenta fundamental para o operador do direito da concorrência e, apesar de ser complexa e essencialmente econômica, os juristas não podem ignorá-la (2001, p. 22). O autor apresenta ainda as seguintes observações em relação à tarefa de definir o mercado para a análise própria do direito da concorrência:

Primeiro, a definição do mercado não é um fim em si: é uma ferramenta analítica que auxilia na determinação de restrições concorrenciais entre empresas. Em segundo lugar, tanto a dimensão geográfica quanto a dimensão do produto dos mercados devem ser analisadas. Em terceiro lugar, a definição do mercado apenas habilita a identificação das restrições concorrenciais entre competidores atuais: ela não nos diz nada sobre concorrentes potenciais. (2001, p. 23)

Em complemento à definição do mercado, surge a necessidade de avaliar o grau de poder de mercado dos sujeitos envolvidos, para definirmos o grau de assimetria e, com isso, compreendermos melhor a realidade e aplicarmos a norma de direito da concorrência.

Sobre o poder de mercado, Richard Whish afirma:

[...] poder de mercado não existe com relação a um produto, mas em relação a um mercado relevante quanto ao produto, a definição

deste mercado deverá combinar dois critérios: ele deverá ser suficientemente delimitado para excluir não substitutivos, e deverá ser suficientemente amplo para incluir todos os substitutos. [...] Fatias do mercado não fornecem informações completas sobre o poder de mercado, é preciso analisar também as barreiras à entrada e à saída. (2001, p. 6 e 39-40)

Lembramos ainda as anotações feitas por Valentine Korah sobre o assunto:

Poder de mercado é uma questão de grau, de acordo com fatores como o número de fornecedores independentes, a facilidade com que novas empresas consigam entrar no mercado, a disponibilidade de substitutivos (inclusive pela importação de produtos substitutivos) que atendam à mesma ou similar destinação ou possibilitem satisfação similar e o poder de barganha de grandes compradores. (1968, p. 20)

Para a correta delimitação do mercado na análise de fenômenos concorrenciais, em algumas situações as conclusões virão da utilização de meios indiretos que permitirão uma análise mais detalhada da realidade. Nesse caminho, Richard Whish nos traz uma relação de fatores que indicam dominação: a lei, acesso a capital, economias de escala, integração vertical e sistemas de distribuição bem estruturados, diferenciação dos produtos (marcas), tamanho e penetração no mercado (estrutura do mercado), custos de oportunidade, cláusulas de exclusividade, conduta da empresa dominante, performance econômica de uma empresa, registros comerciais. (2001, p. 157-61)

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ILICITUDE EM MATÉRIA DE CONCORRÊNCIA

Na aplicação do direito da concorrência, as antinomias e também a falta de maturidade desse capítulo do nosso sistema jurídico nos colocam diante de problemas complexos.

Em alguns momentos, o sistema jurídico pode ser interpretado de modo a supormos que o ilícito à concorrência seria um ilícito em si. Uma postura que concebe toda concentração como ilícita ou todo comportamento de fixação dos preços praticados num mercado alvo também como ilícito.

No entanto, talvez a única regra geral que possamos extrair de todo o direito da concorrência é a de que a licitude ou a ilicitude são padrões relativos. A realidade de cada momento nos fornece parâmetros para, no direito da concorrência, sermos mais ou menos tolerantes a determinados comportamentos.

O pensamento de Steven Anderman reforça esta nossa observação em

relação à inexistência de uma regra geral, pois o autor destaca a tendência ao estabelecimento de uma disciplina concorrencial dos DPI (Direitos de Propriedade Industrial) construída caso a caso e aponta a necessidade de olhar o mercado (2001, p. 9 e 14). Outro autor que reforça a ideia é Richard Whish, quando defende a regra da razão, a necessidade de análise concreta e propõe a adoção de uma abordagem flexível e fundada em critérios econômicos (2001, p. 547 e 548).

Como a norma do artigo 173, § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2008) estabelece, o cerne do ilícito que contraria o princípio da liberdade é o abuso. Ou seja, aquilo que foge a um parâmetro de razoabilidade no seu uso ou exercício. Um parâmetro que só pode ser extraído da realidade vivida. Nesse sentido, é útil a seguinte observação de João Bosco Leopoldino da Fonseca:

[...] Se a concentração pode apresentar até mesmo perigos numa sociedade econômica e socialmente desenvolvida, o mesmo não se poderá dizer no âmbito de uma sociedade em desenvolvimento, quando a concentração de empresas poderá surgir como uma conveniência, quando não como uma necessidade. Os métodos legais para a proteção da concorrência variarão segundo se apliquem numa sociedade desenvolvida ou em desenvolvimento, pois que nestas há um forte interesse em favorecer a concentração. [...] (2001, p. 8)

Conscientes disso, quando tentamos compreender os limites traçados pelo princípio da liberdade de concorrência sobre o comportamento de quem atua no mercado, encontraremos na experiência de outros países farto material que nos subsidie o trabalho de compreensão desse ilícito, quando lidamos com a defesa da concorrência.

Isso porque é fato que o mercado brasileiro só se abriu para a concorrência, ou para uma concorrência mais viva, a partir da última década do século XX, enquanto as realidades Norte-Americana e Europeia nos oferecem à observação experiências mais sólidas neste capítulo do direito. A construção do direito antitruste dos EUA vem desde finais do século XIX; por outro lado, no direito inglês, por exemplo, para a análise de algumas questões concorrenciais são feitas remissões a precedentes que remontam a 1415, como o Dier's Case.

Origens estas que são apontadas por Thomas Morgan da seguinte forma:

Algumas vezes, nós Americanos agimos como se houvésemos criado tudo o que há de bom no direito moderno. Porém, ninguém compreende realmente o direito antitruste atual sem perceber que o interesse incidente sobre os monopólios e as restrições ao comércio não é originário da Lei Sherman. Esse interesse vem, pelo menos, desde o período primitivo do desenvolvimento dos direitos de propriedade e comercial Britânicos. (1994, p. 1)

Então, em matéria de defesa da concorrência a análise do Direito

Comparado complementar^á nossa vis^ão a fim de melhor compreendermos a extens^ão desse importante princ^ípⁱo jurⁱdico estruturante da nossa vida econ^ômica: a liberdade de concorr^ência. E assim, construirmos nossa pr^ópria hist^ória da defesa da concorr^ência.

4 CONCLUS^õES

A liberdade de concorr^ência ^é um princ^ípⁱo constitucional que fundamenta as relat^ões que se estabelecem no mercado e a sua disciplina jurⁱdica.

Destacamos que a liberdade de concorr^ência assume dois significados complementares: de um lado, vemos nela a prerrogativa de competir; do outro, ela nos leva ^à defesa da concorr^ência. Naquele primeiro significado est^á a t^õnica do direito durante o perⁱodo liberal, enquanto que no perⁱodo atual o princ^ípⁱo da liberdade de concorr^ência imp^õe ao Estado uma atua^ço na defesa da concorr^ência.

Se olharmos o mercado sob o prisma das concep^ções liberais ou neoliberais, identificaremos a concorr^ência como uma for^ça propulsora de sua regula^ço e que contribui para o bem-estar individual e coletivo.

Conscientes de que qualquer modelo te^órico ^é incapaz de traduzir toda a amplitude inerente ^à realidade, concordamos com a vis^ão de que num ambiente concorrencial, quando h^á homogeneidade, a competi^ço impulsiona os indivⁱduos a buscarem ser os melhores, o que contribuiria para a prosperidade coletiva.

No esfor^ço de defesa da concorr^ência, os dias de hoje nos revelam paradoxos como o de que, enquanto a liberdade de concorr^ência ^é contr^ária ao monop^ólio, h^á mercados cujas estruturas encontram-se altamente concentradas, al^ém disso, o fortalecimento de certos grupos ^é essencial para a polⁱtica comercial de alguns Estados no mercado internacional.

Com isso, vem a observa^ço de que, a despeito das regras, consumidores, trabalhadores e pequenas empresas se veem, em muitos momentos, ^à merc^ê do poder econ^ômico.

Acreditamos que o paradoxo apontado e a conseq^uente frustra^ço s^ão efeitos inerentes ^{às} cren^ças que movem o ser humano at^é ent^ão. Enquanto n^ão se modificar nossa hierarquia de valores, a sensa^ço de ang^ústia ser^á a constata^ço de que o trabalho est^á por fazer. Um trabalho di^ário de todo o aparato institucional de defesa da concorr^ência. Pois, embora a ideia de mercado, em sua ess^ência, nos revele a historicidade da institui^ço e sua abertura ^à transforma^ço, identificamos a realidade de cada espa^ço e tempo como o limite para toda tentativa de mudan^ça e, em especial, para uma polⁱtica de concorr^ência.

Tudo isso nos permite afirmar que a defesa da concorr^ência ^é um trabalho

de construção, pois não existe uma linha divisória nítida entre uso e abuso, entre lícito e ilícito. Existe sim uma tensão. Uma tensão que se resolve caso a caso numa síntese particular.

Diante disso, essa síntese ficará facilitada por um trabalho de análise do Direito Comparado que complementarará essa construção ainda jovem no Brasil, a fim de que, em meio às contradições fenômeno econômico e da própria concorrência, compreendamos cada vez melhor e mais profundamente o sentido do princípio da liberdade de concorrência.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERMAN, Steven D. *EC Competition Law and Intellectual Property Rights: The Regulation of Innovation*. New York, Oxford University Press Inc., 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>, acesso em 20 set. 2008.

BRASIL. *Lei 8.884, de 11 jun. 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 09 nov. 2006.

COMUNIDADE EUROPEIA Tratado que institui a Comunidade Europeia Disponível em: <http://www.europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/dat/ec_cons_treaty_pt.Pdf>. Acesso em: 23 abr. 2002.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Walt Wilhelm and others v Bundeskartellamt*. 61968J0014. Disponível em <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=61968J0014&model=guichett>. Acesso em: 22 abr. 2002a.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV*. 61997J0126. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=61997J0126&model=guichett>. Acesso em: 23 abr. 2002b.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Standard Oil CO. of New Jersey v. United States*. 221 U.S. 1, 1910. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=221&page=1>>. Acesso em: 24 jun. 2001a.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *United States v. Topco Associates*. 405 U.S. 596, 1972. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=405&page=596>>. Acesso em: 07 jun. 2001b.

FARJAT, Gérard. *A Noção de Direito Econômico*. Tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1996.

FARJAT, Gérard. *Pour un droit économique*. 1. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. (les voies du droit).

FRISON-ROCHE, Marie-Anne; BONFILS, Sébastien. *Les grandes questions du droit économique: Introduction et documents*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.

GODBOUT, Jacques T. *O espírito da dádiva*. Colaboração: Alain Caillé. Tradução: Patrice Charles F. X. Wuillaume. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

KORAH, Valentine. *Monopolies and restrictive practices*. London, Penguin Books, 1968.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Lei Antitruste*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A Mão Visível: mercado e regulação*. Coimbra, Almedina, 2003.

MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. In: MAUSS, Marcel. *Sociologia e Antropologia*. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2003. P. 183-314.

MORGAN, Thomas D. D. *Cases and Materials on Modern Antitrust Law and its Origins*. St. Paul., West Publishing Company, 1994.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, Livre Concorrência e Desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

PERROUX, François. *A Economia do Século XX*. Tradução de José Lebre de Freitas. Herder, 1967.

SALIN, Pascal. *La Concurrence*. Presses Universitaires de France, 1995. (Que sais-je?).

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

WHISH, Richard. *Competition Law*. 4. ed. London: Butherworths, 2001. T



DA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA E DE SEU DESAMPARO SIMBÓLICO À AMPLIAÇÃO DO ROL DE INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

Fayga Silveira Bedê¹
Tércio Aragão Brilhante²

RESUMO

É por meio do texto literário que os seres humanos modernos constituem a si mesmos como agentes de sua própria história. É também a produção textual que constitui para eles a idéia de um direito escrito, e por isso passível de maior controle e fixação de sentido. A mística da segurança jurídica levou a crer que as palavras, aprisionadas num papel, aceitariam, submissas, uma hermenêutica unidimensional e totalizadora. No entanto, a realidade viva e insubmissa contamina o discurso e desafia múltiplas interpretações. Com o aumento da complexidade, esboroa-se o mito da segurança jurídica. A solução encaminha-se para a ampliação democrática do rol de intérpretes, nos moldes propostos por Peter Häberle, com base na sociedade aberta de Karl Popper.

Palavras chave

Hermenêutica. Modernidade. Segurança jurídica. Mistificação. Democracia. Sociedade aberta.

ABSTRACT

It is by means of the literary text that modern humans beings constitutes themselves as agents of its own history. It is also a textual production that constitutes to them the idea of a written law, and therefore susceptible of greater control and setting direction. The mystique of legal certainty led to believe that words imprisoned in a paper would accept in a submissive way a one-dimensional and totalizing hermeneutics. However, the live and relentless reality contaminates the speech and calls for multiple interpretations. As complexity grows, the myth of legal certainty crumbles. The solution lies upon the democratic expansion of the cast of interpreters in the way Peter Häberle proposed based upon Karl Popper's open society.

¹ Doutoranda em Sociologia pela UFC. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professora do Curso de Direito da Faculdade Christus. Editora-Chefe da Revista Opinião Jurídica. Contato eletrônico: faygabede@hotmail.com.br

² Procurador Federal. Mestrando em Direito Constitucional. PPGD-UNIFOR. Contato eletrônico: tercioaragao@hotmail.com

Key words

Hermeneutics. Modernity. Legal certainty. Mystification. Democracy. Open Society.

“Liberdade é pouco. O que desejo ainda não tem nome”.

(Clarice Lispector)

INTRODUÇÃO: DO DESAMPARO DO SUJEITO NA MODERNIDADE

O desamparo. Ah, essa sombra funesta que recai sobre o homem, tão logo ele se firme sobre as próprias pernas; tão logo faça delas, asas; tão logo alce o seu primeiro vôo. Se a grande aventura da humanidade começa quando o homem moderno decide fazer de sua vida uma obra-prima, assumindo-se como autor de sua própria história, tal ousadia não poderia advir sem perdas inelutáveis para a sua economia psíquica.

Com efeito, a emergência do sujeito moderno se dá pela ruptura com a teia fortemente imbricada de tradições à qual o homem se via atado desde o seu nascimento. É que até o início da modernidade uma parte significativa de sua história já estava contada *a priori*, sendo bastante as condições de seu nascimento para determinar *o seu lugar no mundo*. Assim, nascer homem ou mulher, pertencente à aristocracia ou ao populacho, filho de sicrano ou de beltrano, nascido aqui ou acolá: e pronto: muito pouco restaria a esse homem para construir de sua biografia.

O homem estava assujeitado pela fixidez das estruturas sociais de então, é bem verdade. Mas não podemos negar, por outro lado, a existência de ganhos secundários, decorrentes por sua vez da sensação de segurança que é própria de toda submissão. Não por acaso o lamento de Manuel J. Gomes, ao afirmar que “a alienação é demasiado doce [...] e a liberdade demasiado amarga, porque está demasiado próxima da solidão. E da loucura.”³

Contra essa insólita propensão do homem ao assujeitamento,⁴ insurge-se Etienne de La Boétie, interpellando-nos com um discurso siderado que, apesar de longínquo (sua escrita remonta a meados do século XVI) continua tão desconcertante, quanto atual:

Quero para já, se possível, esclarecer tão-somente o fato de tantos homens, tantas vilas, cidades e nações suportarem às vezes um tirano que não tem outro poder de prejudicá-los enquanto eles quiserem suportá-lo; que só lhes pode fazer mal enquanto eles preferem agüentá-lo a contrariá-lo.

³ Manuel J. Gomes, vale dizer, o importante tradutor de Etienne de La Boétie para o português da belíssima obra “Discurso sobre a servidão voluntária”. Cultura Brasil. Disponível em: <www.culturabrasil.pro.br/zip/boetie.pdf> Acesso em: 28 jun. 2008.

⁴ Neste tocante, valemo-nos de um conceito operado por Foucault, para quem o assujeitamento implica, de um lado, a submissão ao poder, e de outro, a própria formação do sujeito através dessa mesma submissão.

Digno de espanto, se bem que vulgaríssimo, e tão doloroso quanto impressionante, é ver milhões de homens a servir, miseravelmente curvados ao peso do jugo, esmagados não por uma força muito grande, mas aparentemente dominados e encantados apenas pelo nome de um só homem cujo poder não deveria assustá-los, visto que é um só, e cujas qualidades não deveriam prezar porque os trata desumana e cruelmente.

[...] Esse que tanto vos humilha tem só dois olhos e duas mãos, tem um só corpo e nada possui que o mais ínfimo entre os ínfimos habitantes das vossas cidades não possua também; uma só coisa ele tem mais do que vós e é o poder de vos destruir, poder que vós lhe concedestes.

Onde iria ele buscar os olhos com que vos espia se vós não lho dêsseis?

Onde teria ele mãos para vos bater se não tivesse as vossas?

Os pés com que ele esmaga as vossas cidades de quem são senão vossos?

Que poder tem ele sobre vós que de vós não venha?

Como ousaria ele perseguir-vos sem a vossa própria convivência? ⁵

Ao longo de seu discurso, La Boétie vai se mostrando cada vez mais perplexo com a estupefacente capacidade do homem de se prontificar *voluntariamente* à submissão, ao ponto de não hesitar em refutar a tese de uma suposta “superioridade humana” sobre os animais, ao comparar a relativa facilidade com que sujeitamos os homens, impondo-lhes obrigações e interditos contra a sua vontade, com a árdua tarefa que enfrentamos na tentativa de adestrar animais selvagens. O autor chega consternado à conclusão de que, entre humanos e animais, é muito mais difícil dominar estes últimos, já que sua natureza os compele não à escravidão, mas sim à liberdade. ⁶

Mas a tese central de La Boétie consiste na seguinte provocação: por que milhões de homens se submetem (extraíndo, diga-se de passagem, algum prazer) ao desejo tirânico de um só, que, no limite, não passa de um homenzinho de carne e osso como outro qualquer?

Sem dúvida que o humanismo de La Boétie era animado pela crença fortemente arraigada na capacidade humana de repensar e mudar o curso de sua trajetória pela simples compreensão de que uma determinada prática de sujeição não tinha fundamento lógico-racional _ merecendo, portanto, ser abandonada em prol de outra, mais consentânea com a liberdade inerente à natureza humana.

Contudo, a história da humanidade, sufragada pelas torrentes da

⁵ Ao ler esta obra-prima, tenho a vívida impressão de ouvir a fúria incontida de seu jovem autor, gritando a plenos pulmões um dos mais veementes protestos escritos em defesa da liberdade, da autonomia e da emancipação do homem. Cf. BOÉTIE, Etienne de La. Discurso sobre a servidão voluntária ou contra o um. São Paulo: Brasiliense, 1986.

⁶ Id. Ibid.

irracionalidade, viria mostrar que o ser humano é muito mais complexo e incompreensível aos seus próprios olhos do que o otimismo filosófico de La Boétie gostaria de admitir.

A tarefa da psicanálise será justamente a de tentar explicar aquilo que no homem não se subsume aos esquemas interpretativos lógico-racionais. É o que lhe escapa, o que refoge a todo juízo de razoabilidade, o que irrompe, em lapsos desconcertantes, das profundezas do seu inconsciente: o isso.

Assim, perspectivando a fala de La Boétie a partir de um discurso contemporâneo, e, portanto, pós-positivista, nos apercebemos dos limites e das falácias próprias ao discurso da racionalidade moderna, que, encarcerado no mito cientificista do progresso e no fetichismo da razão, conduzia a análises reducionistas e simplificadoras, incapazes de enxergar o homem em sua complexidade.

Convém deixar claro que não estamos, com isso, advogando em favor de um irracionalismo muito caro aos que, sendo responsáveis, preferem se isentar de responsabilidade. Apenas partimos da compreensão de que se renunciarmos à complexidade que a análise requer, teremos perdido uma bela oportunidade de ensaiar algum tipo de resposta a uma das mais importantes questões da vida humana: saber como e porque _ para desespero nosso e de La Boétie! _ estamos sempre tão prontos a nos sujeitar.

_ Afinal, Etienne, o que nos leva à condição de servos ávidos por mais e mais sujeição?

A leitura de Totem e Tabu – obra publicada por Freud em 1914 – nos leva à seguinte hipótese: libertar-se da sujeição do outro implica, por sua vez, sujeitar-se ao desamparo. E, nesse caso, alguns seres humanos parecem ficar em dúvida. Esse quadrante inspira cuidados. Recuemos, portanto, para uma análise mais minudente.

Sob o ponto de vista da psicanálise, é pelo Outro (e a partir dele) que nos constituímos como sujeitos. E é pela articulação da voz desse Outro, assumida internamente como sendo (parte constitutiva da) nossa, por engenhosos processos do inconsciente, que também nos desconstituímos. Assim, como diria o poeta Augusto dos Anjos: a mão que afaga é a mesma que apedreja. Com efeito, se a construção do ego se dá em meio a um terreno pantanoso, suscetível, de um lado, às pulsões libidinais do id (inconsciente); e de outro, às injunções do superego (voz disciplinadora que advém das estruturas sociais externas e é introjetada no psiquismo humano),⁷ não admira que o advento da psicanálise tenha posto em xeque a própria concepção filosófica do homem, ao contrapor-se ao racionalismo iluminista do séc. XVIII. De fato, com “a enunciação do inconsciente, Freud vai revelar que a consciência é apenas uma parte visível do iceberg, o homem é

⁷ Para maiores aprofundamentos, vide: KEHL, Maria Rita. Sobre ética e psicanálise. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. (Vide, em especial, o 1º capítulo).

essencialmente pulsão, desejo.”⁸ Essa perspectiva nos induz a um novo “plano de pensabilidade”,⁹ que nos impele a desconfiar de certas doutrinas voluntaristas que insistiam em ver no homem um ser plenamente livre e racional, unicamente gerido por seu livre-arbítrio.

Recolocadas as coisas nesses termos, percebemos com Freud, mas também com Foucault, que as formas de adestramento e disciplinamento impingidas historicamente ao homem são muito mais complexas e poderosas do que La Boétie poderia suspeitar nos idos do século XVI. Com efeito, a violência simbólica decorrente de uma situação de assujeitamento é uma forma de violência muito mais velada, e, portanto, mais difícil de identificar e se lhe opor.

Os mecanismos de sujeição parecem ser tão eficazes porque se utilizam de um veículo interno para se disseminarem no psiquismo do assujeitado. Explicamos: se, por hipótese, o discurso do Outro é exercido no sentido de uma violência, sua voz tende a reverberar não somente fora, mas também dentro de nós, como um discurso internalizado, que desautoriza e desconstrói o ego, tornando mais difícil realizar um processo de individuação emancipatório e relativamente saudável do ponto de vista psíquico. O que, em outras palavras, pode significar um ambiente propício à perpetuidade das sujeições ditas “voluntárias”.

Assim, desde que o homem moderno começou a empreender sua jornada rumo à liberdade e à insubmissão, entre recuos e hesitações – como é de praxe nesses casos – começou também a pagar o ônus pela ruptura com o(s) que lhe tiranizava(m).

Esse preço a pagar é o desamparo.

É justamente a *Totem e tabu* que Maria Rita Kehl recorre, na tentativa de explicar porque o sujeito que emerge na modernidade encontra-se no desamparo da autoridade paterna, órfão de filiação simbólica.

De acordo com esse mito fundante das origens da vida em sociedade, nos primórdios os homens viviam em bandos, como irmãos dominados pelo pai, submetidos à lei do mais forte. Em troca de sua total sujeição ao pai, recebiam a sua proteção integral.¹⁰ Por outro lado, este pai, a um só tempo opressor e protetor, reservava-se o privilégio exclusivo do gozo de todas as mulheres. Os filhos, se não sofriam de desamparo, tampouco tinham direito ao prazer. Um belo dia, inconformados com a situação, todos os irmãos se reúnem e decidem rebelar-se contra o pai, matando-o e comendo o seu cadáver. A comida totêmica é festejada como a possibilidade de cada filho, comendo uma parte do corpo de seu pai, apropriar-se também ele de parte de seu poder. Contudo,

[...] a relação com o pai tirano é carregada de ambivalência. À grande

⁸ NERI, Regina. A psicanálise e o feminino: um horizonte da modernidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 29.

⁹ Para usar uma expressão cara a Deleuze e Guattari.

¹⁰ Notem-se os muitos pontos de convergência entre o pai evocado por Freud e o Leviatã de Thomas Hobbes.

orgia que comemora o crime libertador seguem-se a culpa e o remorso. Foi preciso que o tirano morresse, esgotando nos irmãos a vertente de ódio, para que estes se dessem conta de que também o amavam; podemos imaginar nesse pai primitivo o carisma próprio daqueles que se encontram protegidos das feridas narcísicas; podemos também conceber, sem grande esforço, que um tirano amado é aquele capaz não só de proteger seus súditos como também de fazê-los gozar das delícias de uma submissão irrestrita. Não é nisso que consiste toda nostalgia masoquista de uma submissão sem limites? ¹¹

Segue-se uma situação paradoxal em que os irmãos, apesar de libertos desse pai devastador, não podem usufruir dessa liberdade de forma absoluta, pois agora cada irmão representa uma ameaça potencial a todos os outros, uma vez que todos estão livres e podem, portanto, sobrepujar uns aos outros em busca da satisfação de seus desejos. Assim, além da culpa pela morte paterna, sentem o medo de que uma nova tirania se instale a qualquer momento.

Para evitarem que a morte do pai tenha sido em vão, os irmãos se organizam e re-instauram simbolicamente a autoridade do pai na forma da lei de interdição do incesto: cada filho tem direito de acesso a todas as mulheres, à exceção da mulher de seu pai. Logo, o tabu do incesto materno implica a renúncia ao gozo absoluto: "é a interdição do incesto que torna o gozo impossível e faz dos homens sujeitos, no sentido que atribuímos à expressão `sujeito do desejo` _ pois o desejo advém da perda do objeto de gozo." ¹²

Para Kehl, o mito criacionista de Freud enuncia a condição de desamparo do sujeito moderno que, ao passar da condição de filho a irmão (na esfera privada), e de súdito a cidadão (na esfera pública), perde a proteção que o pai tirânico lhe outorgava, ao fazer de sua filiação um destino pré-determinado, e, portanto, mais seguro. ¹³ Assim, o sujeito não passa incólume pela conquista de sua liberdade. A falta, o desamparo e a orfandade simbólica serão os fantasmas trancados nos calabouços do seu inconsciente.

O GÊNERO LITERÁRIO DO ROMANCE COMO MODO DE SUBJETIVAÇÃO DO SUJEITO MODERNO

Para compreender de que modo o surgimento do gênero literário do romance serviu como um lenitivo para o desamparo do sujeito moderno, e, ao mesmo tempo, contribuiu para a sua reinvenção, cumpre entendermos melhor como se configurava esta modernidade emergente.

A modernidade liberal burguesa, que vinha se engendrando, lenta e gradualmente, ao longo dos séculos XVI e XVII, só vai delinear plenamente as suas feições no decorrer dos séculos XVIII e XIX. Portanto, entra em declínio o

¹¹ Cf. KEHL, op. cit., p. 42.

¹² KEHL, op. cit., p. 43.

¹³ Id., *ibid.*, p. 44.

Ancien Régime, em prol de um novo *ethos*, cujo núcleo central assim se estrutura, em apertada síntese:

- a. núcleo político-jurídico: estado de Direito, supremacia constitucional, separação dos poderes; soberania popular, representação política, direitos civis e políticos;
- b. núcleo econômico: propriedade privada, livre iniciativa empresarial, economia de mercado;
- c. núcleo ético-filosófico: individualismo, liberdade pessoal, tolerância e otimismo.¹⁴

Ao declínio do Estado absoluto, corresponde a emergência de um indivíduo absoluto.¹⁵ O poder econômico sofre um deslocamento de forças: a elite aristocrática que orbitava em torno das monarquias absolutistas e o próprio *modus vivendi* da corte começam a entrar em declínio em razão da intensificação do comércio, que faz surgir uma classe social burguesa cada vez mais enriquecida.

Disto decorre uma aporia social: o rei e sua corte ainda detêm (embora não por muito tempo) o poder político, sob a chancela da Igreja; mas é essa nova classe emergente que passa a deter o poder econômico. A situação é obviamente insustentável e não tardará muito até que a burguesia crie as condições de sua emancipação.

Como a tônica do poder econômico passa a repousar, não mais na terra, mas nas atividades mercantis (por sua vez levadas ao paroxismo pelas subseqüentes revoluções industriais), a classe burguesa daí decorrente se esforça por formular um novo paradigma político-jurídico, mais condizente com os novos interesses de acumulação do modo de produção capitalista.

A burguesia enriquecida, ávida por se desvencilhar do Estado Leviatã, com seus poderes ilimitados de intromissão nos negócios privados, acolhe prontamente o paradigma filosófico sustentado por Locke, na política, e por Adam Smith, na Economia. E aposenta, aliviada, os ideais hobbesianos de Estado, forjando as condições de implementação do assim chamado Estado Liberal, cujos postulados encontram assento sobre: (i) o princípio da limitação à intervenção estatal; (ii) a salvaguarda das liberdades individuais, com a proteção dos direitos civis e econômicos; (iii) a crença na superioridade da regulação espontânea da sociedade, reduzindo-se os papéis do Estado ao controle e manutenção da ordem (o que lhe valeu a alcunha de “Estado guarda-noturno”); (iv) a crença na auto-regulação do mercado (segundo a “mão invisível de Adam Smith), de modo a livrar as atividades econômicas da burguesia da ingerência estatal; (v) a marcada separação entre direito público e privado, reservando-se a cada um o seu campo próprio de incidência, do que resulta, em termos práticos, um maior respeito à autonomia

¹⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa-ômega, 1994, p. 29-43.

¹⁵ De acordo com Maitland, *apud* WATT, Ian. *A ascensão do romance*. São Paulo: Companhia das Letras, p.56: “(...) pela primeira vez o Estado absoluto deparou-se com o indivíduo absoluto”.

da vontade privada.¹⁶

O que se depreende dos novos arranjos sócio-econômicos, políticos e jurídicos, é que eles estão permeados por uma filosofia eminentemente individualista, subjacente às concepções de mundo da burguesia liberal, e, por conseguinte, às suas escolhas de vida, seja na esfera privada, seja na esfera pública.

O próprio termo “individualismo” é relativamente recente: seu emprego remonta a meados do séc. XIX. Pressupõe uma sociedade regida não só pela idéia de independência intrínseca de cada indivíduo em relação aos demais, como também pela sua independência quanto ao modelo de pensamento e conduta baseados na “tradição” _ paradigma vigente até aquele momento histórico. Ian Watt chama atenção, com muita perspicácia, para o fato de que a força que molda o culto ao *individual* é sempre *social*. E explica:

A existência de tal sociedade depende evidentemente de um tipo especial de organização econômica e política e de uma ideologia adequada [...] que proporcione a seus membros um amplo leque de escolhas e de uma ideologia baseada não na tradição do passado, mas na autonomia do indivíduo [...] Em geral se concorda que a sociedade moderna é individualista nesses aspectos e que das muitas causas históricas de seu surgimento duas têm fundamental importância: o advento do moderno capitalismo industrial e a difusão do protestantismo, sobretudo em suas formas calvinista ou puritana.¹⁷

O individualismo da sociedade burguesa se caracteriza precipuamente pela excessiva valorização do indivíduo.¹⁸ Assim, é natural que essa sociedade encontre para si um gênero literário capaz de colocar o indivíduo no centro de suas preocupações: o romance é o gênero que melhor reverbera a preocupação com os particularismos, com os detalhes da vida cotidiana, com a construção psicológica dos personagens. Ao ler o romance realista, o burguês não só se vê espelhado nos personagens romanescos, mas também constitui para si novos modos de subjetivação que consagram e naturalizam os valores dos novos tempos.

Observamos que o surgimento do romance realista na Inglaterra do século XVIII com Defoe, Richardson, e Fielding constitui, de certa forma, o desdobramento de uma prática que já vinha sendo antecipada pela escrita de diários e epístolas, ambos baseados na pré-compreensão de que a vida comum do homem comum pode ser digna de ser contada.¹⁹

¹⁶ Cf. BEDÊ, Fayga Silveira. O Estado e seus (des)caminhos econômicos. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano II, n.3, p. 34-39, jan./jun. 2004.

¹⁷ WATT, Ian, op. cit., p.55-56.

¹⁸ Com a devida *vênia*, recorremos a uma tautologia, apenas para efeito argumentativo.

¹⁹ Se recuarmos um pouco até o século XVII, é possível ver na prática da *escrita de si*, retomada

Contudo, o uso do termo “romance” só viria a se consagrar no fim daquele século, sendo considerado um novo gênero literário por inaugurar práticas inusitadas até então, rompendo com as formas consagradas pela crítica literária da época. Entre suas principais características está a ênfase no “realismo” ficcional, o qual é obtido às custas de descrições minuciosas do tempo e do espaço onde as ações se desenrolam, numa tentativa de “fixar” os personagens, dando-lhes um lugar no mundo. Há também um apego romanesco ao detalhe, e ao detalhe do detalhe, numa tentativa de conferir maior verossimilhança à ficção. Por fim, os personagens recebem um tratamento personalizado, sendo sintomático que os autores se esmerem em individuá-los, outorgando-lhes nomes próprios, os quais devem soar críveis ao ouvido do leitor, reforçando ainda mais a impressão de realidade da ficção.²⁰ Finalmente, é preciso dizer que, para o romance realista, mais importante do que os fatos ocorridos, é a forma como os personagens *se sentem* em relação aos fatos, uma vez que a narrativa é contada do ponto de vista dos personagens, que são, em última instância, tratados como autênticos indivíduos.²¹

Tanto “realismo” só podia repercutir num *processo de identificação* por parte do público leitor: seja com o narrador, com o personagem, ou com o autor. O que importa é que ele, leitor, na privacidade de sua leitura, descobre, perplexo, que já não está mais sozinho no mundo; pois que há, ao seu lado, alguém que o entende como se o visse *por dentro*, alguém que lê sua alma, compartilhando dos seus pensamentos mais íntimos, seus medos mais devastadores, suas aspirações mais secretas: seu desamparo.

Quando a noite cai, lenta e rarefeita, o indivíduo leitor descobre que não está tão sozinho quanto se supunha. Há, assim como ele, outros “sonhadores de vela” irmanados no silencioso ofício da leitura. A silenciosa confraria dos “sonhadores de pequenas chamas”, celebrada por Bachelard,²² se transmuda num ideal arquetípico na poética de Wallace Stevens, para quem leitor e livro, de tão rentes, parecem ser uma e mesma coisa:

A casa era quieta e o mundo era calmo.
Leitor virou livro, e a noite de verão

por Montaigne (com a publicação dos *Ensaíos*, de 1580) elementos incipientes de uma tendência instituída pelo romance realista de estabelecer correlações cada vez mais estreitas entre a obra literária e a realidade por ela imitada. Vale ressaltarmos, no entanto, que Montaigne não está criando um estilo inteiramente original, pois, conforme se depreende da leitura de FOUCAULT, Michel. A escrita de si. In: FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?* Lisboa: Vega, 1992, p. 132 et seq., a escrita de si é uma prática que remonta a Sêneca, Plutarco e Marco Aurélio, entre outros, havendo sido retomada em momentos posteriores da história, embora com grandes intermitências.

²⁰ Ressaltamos que o nome atribuído aos personagens não estava entre as preocupações dos autores antes do advento do romance, por isso, seus personagens recebiam nomes arquetípicos (não individualizados), ou eram referidos apenas pelo sobrenome: nem sequer tinham prenome, porque não eram, na verdade, uma “pessoa”, com as singularidades que o indivíduo da modernidade requer.

²¹ Para maiores aprofundamentos, vide WATT, Ian, op. cit., p. 11 a 33.

²² BACHELARD, Gaston. *A chama de uma vela*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 31.

Era como ser consciente o livro.
A casa era quieta e o mundo era calmo.

Palavras eram ditas como se não tivesse livro,
Só que o leitor, curvo sobre a página,

Queria curvar-se, queria muito mais
Ser o exegeta para quem o livro é real

E a noite de verão, uma perfeição pensada.
A casa era quieta porque tinha de ser.

A quietude era parte do senso, da mente:
Acesso de perfeição à página.

E o mundo era calmo. A verdade num mundo
Calm, em que não há outro senso, é

Calma, só verão e noite, só
leitor, ali, lendo, tarde da noite.²³

Assim, duas idéias, em especial, são atenuantes para o desamparo do leitor na modernidade liberal burguesa: (i) a compreensão, por identificação, de que ele não está tão insulado quanto o seu individualismo o levava a crer; na verdade, é sua singularidade que o coloca entre seus pares: outros sujeitos tão singulares quanto ele; (ii) e a compreensão, por analogia, de que, assim como o protagonista do romance tem um *script* para a sua vida, também ele, leitor, pode tecer o fio de sua própria história, organizando um quadro teleológico que empreste sentido ao roteiro de sua existência. Assim, por meio da leitura dos romances, os valores estéticos do psiquismo o impelem à simbolização do real, re-significando o *non sense* da existência humana de modo a suportar o vazio da falta.²⁴

É na ânsia de atenuar a falta de sentido e de verdade de que padece o sujeito moderno, que ele procura “aquecer sua vida gelada”,²⁵ ao ler histórias de homens comuns, que mesmo estando ao desabrigo como ele, possuem vidas que podem ser contadas porque têm um roteiro subjacente, com começo, meio

²³ STEVENS, Wallace. A casa era quieta e o mundo era calmo. Trad. R. Vasconcelos. Afetivagem. Disponível em <http://www.afetivagem.blogspot.com/> >. Acesso em: 30 jun. 2008

²⁴ O sujeito se constitui pela linguagem, mediação da qual ele se vale para representar simbolicamente o vazio inevitável da falta. Não é dado ao homem suportar a falta e conviver com o non sense da existência humana, a não ser pela capacidade de simbolização do Real, por meio de representações signílicas que constituem verdadeiras estruturas de sentido. Cf. KAUFMANN, Pierre (org.). Dicionário enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

²⁵ Na feliz expressão de BENJAMIN, Walter. O narrador: considerações sobre a obra de Nikolai Leskov. In: BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política*. São Paulo, Brasiliense, 1987, p. 214.

e fim, e chegam a um desfecho capaz de revelar e explicar o sentido oculto de suas existências aparentemente sem sentido.²⁶ Ao ler um romance, enquanto rói as unhas, o sujeito moderno espera que também a sua vida possa fazer algum sentido; sentido este, que lhe será desvelado no momento final da trama. Kehl explica com aguda precisão:

Este sujeito que perdeu o amparo das certezas constituídas pelas formações simbólicas das sociedades tradicionais, condenado a viver no isolamento de seu próprio eu, tem nos seus semelhantes, se não um amparo, um espelho. Se não uma garantia de verdade, um interlocutor para a incerteza. É desta rede de interlocuções que provêm as vozes da literatura moderna: da relação com o pequeno outro e sua condição de desamparo e de dúvida, que escreve para interrogar a falência dos enunciados de verdade. O escritor, seja o escritor dos diários e ensaios, da <<escrita de si>> que proliferou a partir de Montaigne, seja o escritor de ficção característico do séc. XIX, que se projeta em personagens que são <<homens como todo mundo>> é aquele que compartilha com o leitor a descoberta de que a referência paterna é insuficiente para nos constituir no contínuo vir-a-ser da modernidade.²⁷

Outra característica do romance que parece lhe conferir esse efeito lenitivo reside na sua espantosa verbosidade. A princípio, essa hipótese pode soar inteiramente disparatada, por isso, vamos devagar. Com efeito, o sujeito neurótico da modernidade – eternamente culpabilizado pela sensação ilusória de que é o único responsável por suas escolhas – sente-se compelido a um esquadrinhamento contínuo do eu, despejando uma falação compulsiva nos ouvidos do Outro, na esperança de que esse outro suposto seja capaz de reordenar e dar unidade ao caos e à fragmentação de que se reveste a sua frágil “identidade”.²⁸

A “novela familiar do neurótico” provém do desamparo que o sujeito moderno sente por ter sido privado de um quadro mais estável de referências simbólicas: preço que ele é obrigado a pagar por ter rompido com a tradição que predeterminava as “escolhas” do homem antes da modernidade. Ocorre que, a capacidade de autodeterminação do sujeito moderno é tão incomparavelmente maior do que a que dispunha o homem na pré-modernidade, que o primeiro é levado a crer, ilusoriamente, que dispõe de uma autodeterminação absoluta de suas escolhas subjetivas. Assim, sente-se tão esmagado pelo peso da responsabilidade por seus erros, decorrentes de escolhas malsucedidas, que nem sequer se dá conta de que essas escolhas são muito mais tributárias de processos sociais mais amplos do que ele, ingenuamente, é capaz de suspeitar.

Pois bem. O modo como o neurótico moderno perscruta dia e noite o

²⁶ KEHL, Maria Rita. Minha vida daria um romance. In: BARTUCCI, Giovanna. (org.) *Psicanálise, literatura e estéticas de subjetivação*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 62.

²⁷ KEHL, Maria Rita. A constituição literária do sujeito moderno. Disponível em <http://www.geocities.com/HotSprings/Villa/3170/Kehl6.htm>. Acesso em: 01 jul. 2008.

²⁸ Kehl, Maria Rita. Minha vida daria um romance, op. cit., p. 61 et seq.

seu próprio eu, obsedado com a possibilidade de encontrar o fio da meada e “entender” o enredo de sua história é muito similar à compulsão que impele o romancista a uma contínua rememoração, contando tudo que diz respeito aos seus personagens nos mais ínfimos detalhes, como se a perda de um sentido transcendente pela modernidade pudesse ser compensada pelo resgate da dimensão terrena, temporal, que o romance se esmera em fixar.

Essa verdadeira obsessão do romance realista em fixar seus personagens numa dimensão temporal e espacial é sintomática do desamparo da modernidade. Para demonstrá-lo, Benjamin lembra que nos padrões literários de todos os gêneros que antecederam o romance moderno, essa preocupação nunca esteve presente, pois, de algum modo, o sujeito pré-moderno se sabia pertencente a uma pátria transcendental, que o ligava a sua ancestralidade, independentemente da fixação das noções terrenas de tempo e espaço.²⁹

Por isso, nada mais pertinente do que a comparação que Lacan traça entre o romance e a neurose: ambos ficam obsessivamente presos a detalhes que acabam gerando uma sobrecarga de informações, seja no pesado texto romanescos, seja na falação do neurótico. Por outro lado, Lacan contrapõe a elegância do conto à psicanálise: em ambos é possível colher efeitos de estilo, provenientes da contração do tempo que as suas elipses possibilitam.³⁰

Num sentido convergente, ao comparar os textos romanescos aos textos etnográficos, Geertz sugere que a impressão de verossimilhança de uma narrativa (perseguida obsessivamente pelos romancistas do realismo, bem como de resto pelos antropólogos) não será alcançada pela sobrecarga de detalhes sumamente específicos que tanto pesam no texto de um, como de outro.

Ao invés de investirem em tratados maçantes, Geertz recomenda aos autores a “capacidade de nos convencer de que o que eles dizem resulta de haverem penetrado numa outra forma de vida (ou, se você preferir, de terem sido penetrados por ela) _ de realmente haverem, de um modo ou de outro, ‘estado lá’.”³¹

O “estar lá” de Geertz soa como um convite, ou se preferirmos, um desafio a que o sujeito não se constitua apenas no que lê, mas também e, sobretudo, no que escreve. Como Montaigne que, ao concluir o ensaio “Do desmentido”, assevera: “Não fiz meu livro mais do que ele me fez”. Ou como Foucault, ao advertir que: “O papel da escrita é constituir, com tudo o que a leitura constituiu, um ‘corpo’ (...) como o próprio corpo daquele que, ao transcrever as suas leituras, se apossou delas e fez sua a respectiva verdade: a escrita transforma a coisa vista ou ouvida ‘em forças e em sangue’.”³²

²⁹ Benjamin, Walter, op. cit., p.212

³⁰ KEHL, op. cit., p. 57 et seq.

³¹ GEERTZ, Clifford. Obras e vidas: o antropólogo como autor. Trad. Vera Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2005, p. 15.

³² FOUCAULT, Michel, op. cit., p.143.

Assim, ao que parece, a leitura e a escritura podem se tornar modos de subjetivação ainda mais poderosos sob o ponto de vista de uma estilística da existência se, ao invés de nos prendermos ao fetichismo do detalhe, estivermos dispostos a “estar lá”: atravessando e sendo atravessados pela vida, pelo texto, pela obra.³³

Por fim, é preciso reconhecer que, ao fazer o seu próprio elogio, a modernidade superestimou a real liberdade do homem quanto à auto-fundação de suas escolhas subjetivas, esquecendo de avisar a ele, que o próprio processo de individuação é, por si só, um produto socialmente construído. A “balança do nós-eu” _ imagem utilizada por Norbert Elias para dar conta da complexidade resultante da polarização indivíduo-sociedade _ guarda um equilíbrio excessivamente tênue entre as possibilidades de ação individual e os limites impostos pelas estruturas sociais.³⁴

Nesse sentido, negar que a ação humana tem as suas possibilidades premidas por circunstâncias as mais diversas, que a determinam a despeito da vontade do agente, dificultando e limitando a sua prática, seria incorrer num argumento falacioso e moralmente cruel, porque capaz de ensejar ainda mais culpabilização para o sujeito neurotizado que a modernidade produziu. Por outro lado, não podemos deixar de reconhecer o inegável contributo que essa mesma modernidade prestou à civilização, ao engendrar homens capazes de *trair* as condições adversas de sua existência, no sentido de, contra tudo e contra todos, sentirem-se impelidos a suplantar os obstáculos estruturais, buscando linhas de fuga onde elas não existiam.³⁵

Essa “vontade de potência”³⁶ que anima os espíritos livres a traírem as más destinações, reinventando as condições de sua emancipação, é, paradoxalmente, o sopro com que a modernidade aquece os corações enregelados dos sujeitos que ela deixou em desabrigo.

Nesse contexto, o romance realista é o modo de subjetivação encontrado pelos modernos para forjarem uma estética da existência humana, constituindo indivíduos capazes de fazerem de suas vidas uma obra de arte.

QUEM CONTA UM CONTO ACRESCENTA UM PONTO: DESCONSTRUINDO O MITO DA

³³ Para uma abordagem muito interessante da relação entre a vida, tal como vivida pelo sujeito (pré-figuração), a configuração da vida transformada em texto pelo autor, a re-figuração desse texto pelo leitor, e o modo como essas dimensões se entrecruzam, vide a “tríplice mimese” de RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Tomo I. Campinas: Papirus, 1994.

³⁴ ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994, p. 127 et seq.

³⁵ Para estudos mais aprofundados (que refogem aos estreitos limites do presente trabalho) acerca do problema hipercomplexificado da dicotomia “ação x estrutura” ou “sociedade x indivíduo”, vide: BARREIRA, Irllys. O lugar do indivíduo na sociologia: sob o prisma da liberdade e dos constrangimentos sociais. *Revista de Ciências Sociais*, UFC, v. 34, n2, 2003. Para mais, conferir: GAULEJAC, Vincent de. O âmago da discussão: da sociologia do indivíduo à sociologia do sujeito. *Cronos*, PPG em Ciências Sociais, UFRN, v. 5/6, n. 1/2, 2004/2005. E finalmente: CORCUFF, Philippe. *As novas sociologias*. Bauru: EDUSC, 2001.

³⁶ A filosofia nietzscheana é uma verdadeira intimação ao homem moderno, a que atenda ao apelo de La Boétie, e decida-se pela potência, ao invés da submissão.

SEGURANÇA JURÍDICA

No tópico precedente, vimos que o modo de subjetivação do indivíduo moderno está intimamente associado à literatura, mais precisamente, ao romance realista, por meio do qual ele procura reparar a falta de um sentido transcendente para a sua vida. É que, procurando assegurar a fixação de uma temporalidade para a sua existência, de certa forma, o indivíduo transcende sua própria finitude, ao inscrevê-la nos anais da posteridade.

Contudo, como vimos há pouco, o texto literário que constitui os modernos como sujeitos de sua própria história, é também a razão constitutiva do seu desamparo. Ironicamente, esse sujeito desamparado da modernidade acaba recorrendo à outra estrutura discursiva, vazada sob a forma de textos normativos, na tentativa de cercar-se de algum grau de certeza em meio às grandes incertezas que o cercam.

É nesse contexto de desamparo simbólico, que o homem moderno erige para si o mito da segurança jurídica. Em meio à sua orfandade, esse homem laico, secularizado, substitui o culto da Lei de Deus pela sacralização da Lei dos homens, fazendo um movimento inconsciente de transferência do lugar do sagrado na sua vida. Para minimizar o mal-estar decorrente do ceticismo próprio da racionalidade moderna, é preciso que esse sujeito descrente, e, portanto, desamparado simbolicamente, se agarre a novas crenças – desde que elas lhe pareçam mais compatíveis com a sua condição de sujeito racional.

É por isso que, sem se dar conta, o sujeito moderno se sente tão compelido a apegar-se à idéia de que um texto escrito por homens (tão humanos quanto ele)³⁷ pode garantir-lhe a segurança de uma única direção, que deflui da certeza que o texto da lei lhe assegura, ao prescrever o sentido de verdade sobre os bens e valores que lhe são mais caros: a vida, a liberdade e a propriedade.

As grandes codificações derivam desse afã, que impele o sujeito da modernidade em busca de certezas; se não de uma certeza transcendente, ao menos de uma certeza terrena, laica, secular: a certeza jurídica. A certeza sobre o Direito que há de reger sua vida em sociedade. Assim, o positivismo cientificista que mobilizou as ciências sociais, também vai impregnar o imaginário dos juristas, mediante a idéia de um direito positivado, escrito, passível de maior controle e fixação de sentido.

Armados de tinta e papel, os modernos inscreveram em códigos a práxis viva de seus usos e costumes, alimentados pela ilusão de que, ao reduzi-las a termo, poderiam fixar-lhes um sentido único. A mística da segurança jurídica atingiu o seu apogeu com a Escola da Exegese, por meio da qual, gerações e gerações de juristas foram levados a crer que as palavras, devidamente aprisionadas num papel, aceitariam, submissas, uma hermenêutica unidimensional e totalizadora. Ao menos, esse era o sonho alimentado pelas

³⁷ Com o perdão pela tautologia.

grandes codificações: reduzir a complexidade das decisões judiciais, por meio de uma operação lógico-formal de aplicação mecânica da letra da lei ao caso concreto, extraindo-se o seu sentido pré-existente.

Mas os modernos, como se sabe, eram sobejamente otimistas, e na sua ânsia de ordenar o mundo, mal podiam entrever o engodo em que se apoiava o seu projeto fáustico. “Dura Lex, sed Lex” – repetiam felizes e conformados ante o império da lei, até que a realidade viva e insubmissa viesse a trair as condições pressupostas da hermenêutica clássica. Uma das primeiras controvérsias a encobrir esse céu de brigadeiro surgiria a partir da querela entre as correntes subjetivistas e objetivistas. Essa discussão em torno da autoridade do intérprete já denunciava o grau de imprecisão a que está submetido o direito, ou, como de resto, qualquer sistema discursivo.

Com o passar do tempo, as correntes subjetivistas, que privilegiavam a busca da *intenção do legislador*, em sua atividade interpretativa, perderam espaço para as correntes objetivistas, que privilegiavam a textualidade legal de *per se*. Essa primazia se deveu, em grande parte, ao reconhecimento paulatino de que tentar apreender a intenção do legislador, quando da elaboração da lei, era um trabalho mais apropriado aos adivinhos do que aos intérpretes do direito, por várias razões.

Em primeiro lugar, a maior parte da legislação não tem um tempo de validade previamente indicado, podendo permanecer em vigor indefinidamente. Assim, muito embora sobreviesse a morte do autor da lei – e do conjunto de valores de seu tempo – a *intentio legislatoris*, a que se prendia a sua hermenêutica, continuava a vincular o mundo dos vivos, ainda que num contexto social, histórico e cultural bastante diverso.

Ora bem. Numa sociedade cada vez mais veloz, o trabalho de reconstituição do contexto histórico de criação da lei se torna cada vez mais difícil, e de êxito duvidoso. E, ainda que o jurista reúna condições de fazer um levantamento histórico a respeito, poderá se deparar muitas vezes com a obsolescência dos valores tutelados pelo legislador ao criar o texto legal – o que dá ensejo à famosa interpelação: devem os vivos ser governados pelos mortos?

Assim, os juízes, reduzidos pela Escola da Exegese à condição de “bouche de la loi”, acabaram por se insurgir contra esse modelo, ao perceberem que, em face de *hard cases*, a mera condição de “aplicadores da lei” lhes deixava constantemente em desabrigo, em caso de lacunas ou quando os critérios de solução de antinomias se mostravam insuficientes. Com o tempo, já não era mais possível esconder a obviedade de que o mesmo texto legal autoriza múltiplas possibilidades interpretativas, deixando entrever, cada vez mais, o caráter aporético da segurança jurídica.

Ulteriores desenvolvimentos por parte da hermenêutica vieram demonstrar que a tarefa de dizer o direito implica atividade muito mais complexa do que subsumir, mecânica e simplesmente, os fatos à hipótese normativa

correspondente. Era preciso superar esse paradigma, passando o juiz a ser visto como um construtor de sentido, um (re)criador cuja matéria prima é o texto normativo. Assim, ao juiz-intérprete cabe o poder-dever de converter o *texto da norma* (produzido pelo legislador) em *norma*, efetivamente, isto é, em comando que emerge a partir da estrita textualidade, através de uma ação re-significadora, na esteira do que preceitua a metódica estruturante de Friedrich Müller.³⁸

Pois bem. A partir do momento em que os juízes se liberaram do cárcere interpretativo em que se encontravam, as antigas fronteiras estabelecidas pela teoria da tripartição dos poderes passaram a reclamar novas teorizações, capazes de dar conta da ampliação do papel do Poder Judiciário. Com o novo paradigma, o Judiciário deve apontar as normas aplicáveis ao caso em litígio, não mais “extraindo-lhes” o sentido previamente fixado pelo Legislador, mas *atribuindo-lhes* um sentido, de forma tópica, como propunha Theodor Viehweg, em respeito às especificidades idiossincráticas do caso concreto.

Nesse sentido, é natural que se oponham resistências e perplexidades, advindas da compreensão, típica entre os modernos, de que o Poder Legislativo tem mais legitimidade do que o Poder Judiciário para fixar um sentido para o direito, em razão do princípio democrático que o anima. Em outras palavras, importa dizer que os legisladores retiram a sua legitimidade do sufrágio que os elegeram. E os juízes, de onde retiram a legitimidade para interpretar e _ vale dizer _ recriar o direito?

Nesse ponto da reflexão, devemos questionar quais as bases de legitimação do discurso que amplia o poder hermenêutico do juiz, mesmo quando sabemos que a atividade judicante implica o poder decisório de acolher um sentido, em detrimento de outros, que, embora em potência, são afastados por exclusão. Nossa tese, em resumo, diz respeito à idéia de “administração” dos níveis latentes de caos significacional ínsitos a todo sistema discursivo. A comunicação opera em *hybris* e toda tentativa de ordenação de sentido é parcial, e, portanto, fragmentária, plural: nunca unidimensional e totalizadora. Pois quem conta um conto, acrescenta um ponto: o seu ponto de vista, ou, se preferirmos, sua mundividência. Portanto, a segurança jurídica é muito mais uma ilusão necessária (como queria Nietzsche) do que uma realidade palpável _ como ansiavam os modernos, por ocasião das grandes codificações.

Assim, se a segurança jurídica não pode ser alcançada em sua plenitude, sob pena de engessamento do sistema e comprometimento da sua capacidade de atualização de sentido; e se o direito é vida, pulsação e movimento, seja no plano fático, seja no plano axiológico; então, cumpre perspectivar a idéia de segurança jurídica muito mais como um *dever*, um *vir-a-ser* contínuo, cuja plena realização é sempre diferida, dada a sua tendencial incompatibilidade com as exigências de adequação e flexibilidade que os ideais sócio-históricos de Justiça reivindicam.

³⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Nesse quadrante, importa deixar claro que não somos de todo refratários à idéia de segurança jurídica: a tese que buscamos refutar é apenas o pensamento mistificador e pseudo-sacralizante que impõe a sua plena realização como um objetivo viável. De nossa parte, entendemos que um objetivo dessa natureza não é nem possível, nem desejável.

Para explicar o porquê, tomemos de empréstimo as lentes da teoria literária, segundo a qual, as palavras guardam uma textura porosa, suscitando em seus leitores uma intensa atividade imaginante, ao convidá-los a um deslizamento de sentido, por deixarem ao seu encargo a tarefa de recriação de imagens que não são dadas *a priori*.

Para Bachelard, aliás, a imaginação não constitui simples *reprodução de imagens*, mas consiste, fundamentalmente, na capacidade humana de *criação de novas imagens*, a partir das que já existiam – o que por si só explicaria a multiplicidade de significados relacionáveis a um mesmo significante.³⁹

Mas não somente o leitor imagina e recria, a seu modo, o texto sobre o qual se debruça. Quem narra uma história também imprime sobre ela a sua marca, reinterpretando-a. E a narração (enquanto estrutura discursiva) é o meio pelo qual o homem conta a sua história e atribui sentido a ela.

Walter Benjamin dedica um ensaio memorável ao problema da narração. Para este autor, narrar é partilhar algo de si: a vida vivida pelo narrador ou as vidas que se foram somando à sua. De fato, o narrador é também um ouvinte. E ao recontar as histórias que lhe foram transmitidas, geração após geração, desde tempos imemoriais, opera-se uma espécie de *apropriação* da história por aquele mesmo que as conta. Uma tal apropriação não implica, de modo algum, usurpação ou desvirtuamento da verdade.

Quem narra, ilumina uma história, imprimindo-lhe a marca indelével de sua própria existência. Assim, as palavras do narrador são “vestidas a partir do coração”, numa trama cuja tessitura é urdida com os fios de seus cabelos, de tal sorte que já não se sabe onde termina o narrador e onde tem início sua história.

Muito interessante aos propósitos do nosso trabalho, observarmos que, apesar do grau de verdade que deflui de uma narração – a qual deriva de um amplo lastro de experiência de vida – para dar-se a comunicação, é preciso que ela encontre ressonância no ouvinte, a fim de banhá-lo em significâncias, uma vez que este é tido como sujeito ativo do processo; não cabendo ao narrador interpretar a história em seu lugar.

Assim, para Walter Benjamin, não obstante a exatidão com que se pode narrar uma história, “(...) o contexto psicológico da ação não é imposto ao leitor. Ele é livre para interpretar a história como quiser, e com isso o episódio narrado

³⁹ BACHELARD, Gaston. *O ar e os sonhos: ensaio sobre a imaginação do movimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.1.

atinge uma amplitude que não existe na informação”.⁴⁰ Com efeito, a narração jamais exaure a sua temática, comportando infinitas possibilidades interpretativas. Como ensina Benjamin, “Metade da arte narrativa está em evitar explicações”.⁴¹ Assim, o narrador evita recair no paternalismo de quem “traduz” para seus ouvintes o “verdadeiro” significado da história. E, ao contrário do que ocorre com a mera *informação*, cujo conteúdo se esgota no momento seguinte ao de sua enunciação, uma boa *narração* jamais envelhece. Os sentidos que ela admite são tantos quantos forem os seus intérpretes. E é precisamente essa atualização de sentido que a inscreve na posteridade.

Assim, a partir da desconstrução da idéia forte de segurança jurídica, em prol de uma idéia mais fraca (e realista) da segurança jurídica como ilusão necessária, é que poderemos deslocar a tônica do falso problema de uma segurança absoluta do sistema, rumo ao verdadeiro problema da necessidade de alargamento e democratização do acesso ao processo interpretativo do direito. Isto é, quanto mais assumimos, com honestidade intelectual, a relativa insegurança de que padece qualquer sistema discursivo; tanto mais haveremos de nos empenhar em garantir que a fixação de um sentido (em detrimento de outros) leve em consideração um círculo cada vez mais ampliado de intérpretes do sistema.

A PROPOSTA DEMOCRÁTICA DE HÄBERLE

Peter Häberle, em meados dos anos de 1970, fez publicar na Alemanha a tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Esse trabalho chegaria ao mercado editorial brasileiro na segunda metade dos 90 do século passado, em tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Tramitavam então no parlamento brasileiro os projetos legislativos que resultariam nas leis do processo de controle de constitucionalidade abstrato (Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999) e sobre os quais a tese de Häberle imprimiu influência, especificamente na possibilidade de intervenção de *amicis curiae* e na possibilidade de realização de audiência pública.

Mas, afinal, de que trata Peter Häberle em seu opúsculo? Abrindo seu trabalho, o Professor alemão declara que a evolução à época dos estudos de interpretação constitucional estavam essencialmente atrelados aos temas da metodologia e dos objetivos. Carente de estudo e análise mais detidos estava o tema dos sujeitos interpretativos. Em suma: propunha-se as respostas ao *como se faz*, ao *por quê se faz*; mas não se propunha resposta ao *quem faz* a interpretação constitucional.

Disposto a apresentar resposta adequada para a questão acerca de quem faz a interpretação, Häberle propõe a democratização do processo interpretativo constitucional, promovendo-se a passagem da sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma sociedade aberta em que todos os órgãos estatais, todos

⁴⁰ BENJAMIN, Walter, op. cit., p. 203.

⁴¹ Idem, *ibidem*.

os entes públicos, todos os grupos sociais, todos os cidadãos são reconhecidos como potenciais intérpretes da Constituição.

A filosofia que subjaz à tese de Häberle é a de Karl Popper, que cunhou originariamente a idéia de uma sociedade aberta, amplamente democrática e racional em sua obra 'A sociedade aberta e seus inimigos', que foi escrita em meados dos anos 40 do século XX, sendo a segunda obra de Popper. 'A lógica da pesquisa científica', primeira obra de Popper, tem muitas de suas teses desdobradas em 'A sociedade aberta e seus inimigos'. Portanto, faz-se necessária a apresentação, ainda que por manchetes, das idéias popperianas.

Desde a obra 'A lógica da pesquisa científica', Popper promove a *débâcle* dos conceitos de certeza e verdade como objetivos da ciência, que não mais podem ser tidos e havidos como o caminho para o conseguimento de respostas últimas, eternas e imutáveis. Cuida-se do crepúsculo do ídolo da certeza, e o destaque para o caráter provisório da teoria e a necessidade de constante crítica:

O velho ideal científico da episteme – do conhecimento absolutamente certo, demonstrável – mostrou não passar de um "ídolo". A exigência de objetividade científica torna inevitável que todo enunciado científico permaneça provisório para sempre. Pode ele, é claro, ser corroborado, mas toda corroboração é feita com referência a outros enunciados, por sua vez provisórios. Apenas em nossas experiências subjetivas de convicção, em nossa fé subjetiva, podemos estar 'absolutamente certos'.

Com a queda do ídolo da certeza (inclusive a dos graus de certeza imperfeita, ou probabilidade), tomba uma das defesas do obscurantismo que barra o caminho do avanço da ciência. Com efeito, a idolatria desse ídolo afeta não apenas a temeridade de nossas questões, mas também o rigor e a integridade de nossos testes. A visão errônea da ciência se trai a si mesma na ânsia de estar correta, pois não é a posse do conhecimento, da verdade irrefutável, que faz o homem de ciência – o que faz é a persistente e arrojada procura crítica da verdade.⁴²

Daí porque Popper relacionou conhecimento e humildade no Prefácio da terceira edição alemã de seu 'A lógica da pesquisa científica': "Nosso conhecimento é fruto de um conjecturar criticamente; é uma rede de hipóteses; é uma teia de

⁴² POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. 10. ed. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 2003, p. 308. Primeira obra de Popper, foi publicada em 1934 na Alemanha. Sua versão em inglês só veio a lume em 1959. A primeira edição de 'A Sociedade aberta e seus inimigos' é de 1945, cf. o artigo biográfico 'Como me tornei filósofo sem tentar', coligido no livro *A vida é aprendizagem: Epistemologia evolutiva e sociedade aberta*. Lisboa: Edições 70, s/d, p. 201-214.

suposições. Esta maneira de ver o conhecimento reclama humildade”.⁴³

O racionalismo crítico de Karl Popper se conjuga com suas idéias de política e democracia, havendo ligação entre a queda do ídolo da certeza e a sociedade aberta. Perceba-se: se não há verdades últimas, não há donos da verdade. Não há detentores de assertivas oraculares que devem ser seguidas pelos outros membros da sociedade. Todos podem participar, racional e criticamente. A sociedade fechada, eminentemente tribalista, mistificadora e autoritária, onde a sujeição da maioria é a regra da qual gozava a minoria esclarecida, deve ser substituída pela sociedade aberta, com possibilidade de ampla participação⁴⁴. Longe de ser apenas uma epistemologia para cientistas que se ilham do mundo em que vivem, o racionalismo crítico é um comportamento, é uma atitude prática marcadamente reflexiva, plural e tolerante, em que o argumento se desprende da pessoa que o enuncia. Os argumentos hão de ser analisados por si, e não pela eventual autoridade do enunciador, uma vez que toda a gente tem a possibilidade de enunciar, pois o racionalismo crítico: “É fundamentalmente uma atitude de admitir que ‘eu posso estar errado e vós podeis estar certos, e, por um esforço, poderemos aproximar-nos da verdade’”⁴⁵. Na página seguinte, Popper assevera:

O facto de que a atitude racionalista considera o argumento acima da pessoa que argumenta é de importância de longo alcance. Conduz à concepção de que devemos reconhecer todos aqueles com que nos comunicamos como uma fonte potencial de argumentação e de informação razoável⁴⁶.

Libertário que é, o racionalismo crítico da sociedade aberta popperiana divisa na intersubjetividade, por meio da crítica mútua, o crescimento da razão e a objetividade do conhecimento, que não é apanágio do ser humano cientista, do indivíduo, mas o resultado social de sua crítica mútua⁴⁷. E para que haja esse ambiente de crítica, a defesa institucional da liberdade deve ser fortificada: “A razão, como a ciência, cresce por meio da crítica mútua; a única maneira possível de planejar seu crescimento é desenvolver aquelas instituições que

⁴³ POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. 10. ed. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 2003, p. 549.

⁴⁴ Sociedades fechadas não se limitam ao tempo da superação primeira do *mythos* pelo *logos* levada a efeito pelo gênio grego. As sociedades fechadas são identificáveis através da história, caracterizadas pelo totalitarismo, ainda que em graus variados. Pertinente lembrar que Popper escreveu o “A Sociedade Aberta e seus inimigos” enquanto vivia na Nova Zelândia, após ter saído da Alemanha nazista em 1938.

⁴⁵ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, 2. tomo, p. 232. A parte da cita que se encontra em itálico no original: ‘eu posso estar errado e vós podeis estar certos, e, por um esforço, poderemos aproximar-nos da verdade’, é importante resumo da atitude básica do racionalismo crítico - como o próprio Popper reconheceu cerca de 50 anos após a escrita de ‘A Sociedade aberta e seus inimigos’, cf. a Introdução à sua obra: *O mito do contexto*: em defesa da ciência e da racionalidade. Lisboa: Edições 70, 2009, p. XV.

⁴⁶ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, 2. tomo, p. 233.

⁴⁷ POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2009, p. 23.

salvaguardem a liberdade dessa crítica, isto é, a liberdade de pensamento”.⁴⁸

E como a sociedade aberta de Popper pode ser a base da interpretação constitucional? Para Häberle, não se pode considerar unicamente a interpretação constitucional dos juízes, uma vez que “todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete”.⁴⁹ Não pretende o professor de Bayreuth, todavia, subtrair importância da interpretação constitucional exercida e aplicada pela Corte Constitucional. A tese da sociedade aberta é uma tese de ampliação de intérpretes, e não de redução. Entenda-se: os cidadãos e as forças da sociedade civil são acrescidos ao círculo de intérpretes estatais, no qual se destacam os membros do Poder Judiciário, especialmente os tribunais detentores de competência institucional para o exercício da jurisdição constitucional.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, cioso de seu papel de guardião da Constituição e detentor da palavra final sobre a interpretação constitucional, nega até mesmo a licitude de uma interpretação autêntica do legislador ordinário que vá de encontro a algum entendimento da Corte:

[...] 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames [...]. (ADI nº 2797, DJU de 19/12/2006, p. 37).

O que Häberle postula é o reconhecimento da existência paralela e/ou anterior⁵⁰ de uma interpretação operada em sentido lato, decorrente do elastecimento do círculo de participantes do processo de interpretação pluralista.

⁴⁸ POPPER, Karl. A sociedade aberta e seus inimigos. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, 2. tomo, p. 234.

⁴⁹ Cf. prefácio de Gilmar Ferreira Mendes à edição por ele traduzida da obra de HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre, ed. Sergio Fabris, 1997, p. 09.

⁵⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre, ed. Sergio Fabris, 1997, p. 25.

Com efeito, a hermenêutica constitucional da sociedade aberta propugna que os cidadãos, os grupos de interesse, os órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública - enfim, todas as potências públicas que são partícipes do processo social - atuem como pré-intérpretes da Constituição, pois “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”.⁵¹ Até mesmo porque, tanto a Constituição regula amplas porções da vida, e não apenas a atuação estatal, quanto não são todas as interpretações/aplicações de normas constitucionais que implicam conflitos de interesses judicializados. Por exemplo: o Congresso Nacional, ao legislar, densifica o texto constitucional, o que faz escolhendo aquela que entende ser uma das possibilidades de sua interpretação. Por sua vez, cidadãos, entidades da sociedade civil, entes do Poder Executivo, aplicam essas densificações legislativas, conforme o que entendem ser a melhor interpretação das leis e da Constituição. Dessa pluralidade pode ocorrer uma diversidade de interpretações e a questão chegar ao Supremo Tribunal, que lançará mão da interpretação conforme a Constituição, escolhendo qual daquelas interpretações seja a mais coerente com o texto constitucional, excluindo as interpretações que negam o texto e até mesmo criando uma interpretação ainda não pronunciada anteriormente, mas que possa ser remetida à Constituição.

A tese de Häberle, como bem acentua Paulo Bonavides⁵², pode implicar

⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 13.

⁵² Bonavides entende que o emprego do método de Häberle (se levado às últimas conseqüências) possa vir a resultar em um perigoso afrouxamento da normatividade constitucional. É que, no afã de “conciliar o Direito com a Sociedade, a Constituição com a realidade, a norma com o fato”, essa concepção poderia, se mal utilizada, prestar-se a imprimir uma aparência de racionalidade a certos anseios reformistas que, sob os auspícios da “modernidade”, do “dinamismo” e da “renovação”, terminam por impor alterações constitucionais que atendem muito mais de perto às vicissitudes dos interesses de maiorias contingenciais, do que propriamente aos legítimos anseios da sociedade plural e democrática - como desejaria Häberle. Bonavides também identifica a dificuldade de implantação da metodologia häberliana em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, em virtude da desinformação do cidadão e da falta de consenso democrático. Cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 470-473. Para Francisco Fernández Segado, a interpretação aberta requer coesão social. Cf. SEGADO, Francisco Fernández. Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo. In: La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentaes em la ley fundamental de Bonn. Trad. Joaquin Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, p. XLII. Já para Diego Valadés, a teoria häberliana requer uma sociedade altamente informada e integrada. Cf. VALADÉS, Diego. Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI. In: El Estado constitucional. Trad. Hector Fix-Fierro. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 2007, p. 19. No ponto, calha trazer ao debate o próprio Peter Häberle, que, reconhecendo a base de Popper em sua tese, aponta o seguinte acréscimo de sua autoria: “A fundamentação teórica da Constituição do pluralismo há de ser buscada em Popper. A idéia da sociedade aberta pode ser tomada dele. O que em Popper falta, todavia, é o princípio científico-cultural: toda sociedade aberta necessita de um consenso cultural fundamental, que torna possível a abertura e a coesão”. Cf. VALADÉS, Diego. (org.). Conversas acadêmicas com Peter Häberle. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 46. Aliás, para formar o cidadão de uma democracia pluralista, que seja consciente de sua condição de sujeito ativo no Estado Constitucional, Häberle aponta a importância do ensino, propondo uma pedagogia constitucional: “La escuela y La universidad, las escuelas profesionales y La enseñanza para los adultos, forman a los intérpretes constitucionales em sentido amplio, pues em La medida em que éstos adquieran conciencia de si, pueden convertirse em intérpretes constitucionales

uma perda da força normativa da Constituição, por enfraquecimento do elemento normativo em detrimento do elemento real. Por isso, na sociedade aberta dos intérpretes, muita atenção deve ser dada à admoestação de Konrad Hesse no sentido de convivência harmônica da Constituição real e da Constituição jurídica, aquela condicionando esta. Esta ordenando e conformando aquela⁵³.

É por isso que nos parece estar o Brasil a adotar o que há de melhor na tese da sociedade aberta de Häberle, uma vez que todos possuem liberdade para conhecer e interpretar a constituição, além de inalienável acesso à jurisdição, se algum conflito advier desse processo social. Vale lembrar que, em exemplo que nos parece único, as sessões do Supremo Tribunal Federal são televisionadas ao vivo. Ademais, tanto a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999 (artigo 9º), quanto, mais recentemente, o Regimento do STF (artigos 13, XVII, 21, XVII e 154, III, e parágrafo único), prevêm a possibilidade de *amicus curiae* e de audiências públicas, atos processuais de extrema importância para que a sociedade aberta se veja ouvida pela Corte Constitucional. Não foi, portanto, sem razão que Peter Häberle assim se pronunciou sobre o Brasil e a sociedade aberta, chegando a considerar o STF um tribunal dos cidadãos por excelência:

Em todos os planos de uma Constituição viva, em todos os âmbitos de uma sociedade aberta dos intérpretes constitucionais, pude realizar, no Brasil, apenas observações positivas. [...] As grandes decisões, a exemplar revalorização do direito processual constitucional, os votos de alto nível de Ministros, o manejo das petições do 'amicus curiae': tudo isso torna o Supremo Tribunal Federal (também graças ao controle concentrado de constitucionalidade) um 'tribunal dos cidadãos' *par excellence*⁵⁴.

Portanto, o método hermenêutico da Constituição aberta é tributário de uma concepção *radicalmente* democrática de interpretação constitucional, ao postular que seja reconhecida e legitimada a “abertura” do processo hermenêutico aos influxos sociais, admitindo-se (e, em certa medida, até incentivando-se!) as influências exercidas pelo meio social envolvente, no sentido de se formar uma pré-compreensão constitucional, com base na qual se torna possível desenvolver uma hermenêutica flexível, democrática, plural e, sobretudo, sensível às variações e mudanças perpetradas pelo tempo e à complexidade da sociedade contemporânea. Em vez de subtrair ao Supremo Tribunal Federal seu papel de guardião da Constituição, tal metodologia deve

activos”. Cf. HÄBERLE, Peter. El Estado constitucional. Trad. Hector Fix-Fierro. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 2007, p. 314.

⁵³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

⁵⁴ VALADÉS, Diego. (org.). *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 207. Até hoje ocorreram quatro audiências públicas, que trataram de: interrupção da gravidez por anencefalia (ADPF 54) ADPF 101; importação de pneus usados; células-tronco (ADI 3510) e Sistema Único de Saúde, sendo essa desvinculada de um processo específico, mas referente a diversas questões ajuizadas que tratam da matéria. Cf. A partir desta segunda-feira (27) o STF discute o Sistema Único de Saúde. STF Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106799>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

levar à Corte a complexidade da sociedade brasileira, possibilitando decisões o mais adequadas possíveis à realidade, sem que se perca de vista a ordenação normativa das mesmas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de remate, convém traçarmos um paralelo. Se o mundo só é possível na medida em que podemos nomeá-lo, narrador e ouvinte são co-responsáveis na tarefa de atribuir sentido à existência. *Mutatis mutandis*, legislador e magistrado são, da mesma forma, co-responsáveis pela difícil tarefa de engendrar a melhor solução em face dos conflitos sociais, evitando recair em superficialismos que, ao reduzirem a complexidade de modo falacioso, acabam reduzindo também as chances de se constituir uma hermenêutica mais emancipatória.

Pois bem. Uma hermenêutica realmente emancipatória não pode jamais prescindir da compreensão de que todos os agentes envolvidos são sujeitos do processo interpretativo, não podendo ser objetificados a nenhum título. Isso implica, inclusive, o alargamento do círculo de intérpretes do texto normativo de tal modo a açambarcar todos aqueles que têm as suas vidas afetadas pelas normas em questão.

Todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete – é o libertário ensinamento de Peter Häberle, que reivindica uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. O teórico alemão incita os magistrados a firmarem os seus convencimentos levando em consideração, entre outros fatores, o modo como os próprios destinatários das normas as compreendem. Afinal, parece-nos bastante razoável que as pessoas que terão suas vidas enredadas pelas normas possam ser pelo menos envolvidas no debate em torno de suas possíveis interpretações. E, a nosso ver, a ampliação desse debate, em todos os seus níveis, fortalece o processo democrático e ampara as práticas institucionais, tanto do Poder Legislativo, como do próprio Poder Judiciário.

Por fim, se já não podemos erguer um altar ao mito da segurança jurídica plena – o que, sem dúvida, reduziria o grau de desamparo simbólico em que os sujeitos da modernidade se viram enfronhados desde a ruptura com as sociedades tradicionais – ao menos nos haveremos com a difícil (e bela) tarefa de democratização da hermenêutica pós-moderna.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARREIRA, Irllys. O lugar do indivíduo na sociologia: sob o prisma da liberdade e dos constrangimentos sociais. *Revista de Ciências Sociais*, UFC, v. 34, n2, 2003.
- BEDÊ, Fayga Silveira. O Estado e seus (des)caminhos econômicos. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano II, n.3, jan./jun. 2004.

BENJAMIN, Walter. O narrador: considerações sobre a obra de Nikolai Leskov. In: BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política*. São Paulo, Brasiliense, 1987.

BOÉTIE, Etienne de La. Discurso sobre a servidão voluntária ou contra o um. *Cultura Brasil*. Disponível em: <www.culturabrasil.pro.br/zip/boetie.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2008.

_____. *Discurso sobre a servidão voluntária ou contra o um*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

CORCUFF, Philippe. *As novas sociologias*. Bauru: EDUSC, 2001.

ELIAS, Nobert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

FOUCAULT, Michel. A escrita de si. In: FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?* Lisboa: Vega, 1992.

GAULEJAC, Vincent de. O âmago da discussão: da sociologia do indivíduo à sociologia do sujeito. *Cronos*, Natal, v. 5/6, n. 1/2, 2004/2005.

GEERTZ, Clifford. *Obras e vidas: o antropólogo como autor*. 2. ed. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e literatura: ensaio de síntese teórica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

_____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentaes em la ley fundamental de Bonn*. Trad. Joaquin Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003.

_____. *El Estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

KAUFMANN, Pierre (org.). *Dicionário enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. Minha vida daria um romance. In: BARTUCCI, Giovanna. (org.) *Psicanálise, literatura e estéticas de subjetivação*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 62.

_____. *A constituição literária do sujeito moderno*. *Geocities*. Disponível em <http://www.geocities.com/HotSprings/Villa/3170/Kehl6.htm>. Acesso em: 1 jul. 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

POPPER, Karl Raymund. *A Sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. 5. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1998, 2 tomos.

_____. *A lógica da pesquisa científica*. 10. ed. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 2003.

_____. *A vida é aprendizagem: Epistemologia evolutiva e Sociedade aberta*. Lisboa: Edições 70, 1999.

_____. *Lógica das ciências sociais*. Trad. Estevão de Rezende Martins. Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2004.

_____. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009.

NERI, Regina. *A psicanálise e o feminino: um horizonte da modernidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

RICOUER, Paul. *Tempo e narrativa*. Campinas: Papirus, 1994, Tomo I.

SEGADO, Francisco Fernández. Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo. In: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Trad. Joaquin Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003.

VALADÉS, Diego. (org.). *Conversas académicas com Peter Häberle*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI. In: *El Estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 2007.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

WATT, Ian. *A ascensão do romance*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa-ômega, 1994.



JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO SISTEMA CRIMINAL DO BRASIL E DOS EUA

Heron José de Santana Gordilho¹

RESUMO

O presente ensaio apresenta uma comparação entre os sistemas criminais do Brasil e dos EUA. Inicialmente analisa o sistema estadunidense, que tem como base a participação popular da administração da justiça e a negociação consensual da verdade. O autor analisa a evolução jurídica do princípio do due process of law a partir de interpretações jurisprudenciais da Corte Suprema dos EUA, que acabou por desenvolver o substantive due process of law, princípio hermenêutico auto-aplicável, que tem permitido que aproximadamente 95% dos crimes tenham as penas negociadas entre acusação e defesa, o que torna aquele sistema mais célere e democrático, já que possibilita ao réu participar do processo de aplicação da pena. Por fim, o autor critica a timidez com que a justiça penal consensual foi introduzida no Brasil, uma vez que a lei 9.099/95 só admite a transação penal para crimes cuja pena cominada seja de até dois anos, o que reduz bastante o alcance e os benefícios sociais do instituto.

Palavras-chave

Justiça penal, comparativo entre os sistemas criminais do Brasil e dos EUA

ABSTRACT

This paper presents a comparison between the criminal systems of Brazil and the USA. Initially it examines the U.S. system, which is based on popular participation in the administration of justice and the consensual truth. The author demonstrates that the principle of due process of law evaluated from judicial interpretations of the U.S. Supreme Court, which eventually developed the substantive due process of law, a self-applied hermeneutic principle that has allowed about 95% of crimes have the penalties negotiated between prosecution and defense. This negotiation makes the system faster and more democratic, offering the possibility of the defendant to participate in the process of implementing the sentence. Finally, the author criticizes the Act 9099/95. It only allows the bargain for punishment crimes until two years.

Key-words

Penal Justice, comparison between the criminal systems of Brazil and the USA

¹ Doutor/UFPE. Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA. Coordenador do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direito Ambiental e Direito Animal - NIPEDA/UFBA. Promotor de Justiça em Salvador.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Common Law e Civil Law – 3. O devido processo legal no sistema criminal dos EUA - 4. O devido processo legal no sistema criminal brasileiro – 5. Conclusões – 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nada pode enfraquecer mais um governo do que ele desrespeitar as próprias regras que edita. Juiz Clark ²

Embora existam semelhanças entre as estruturas sociais e políticas do Brasil e dos EUA, países capitalistas de imigração situados no Novo Mundo, quando analisamos os seus respectivos modelos jurídicos de controle social podemos notar diferenças significativas.

Inicialmente porque adotam famílias jurídicas distintas, o Brasil filiado ao sistema Romano-Germânico, fundado numa tradição iluminista opera com códigos legais legitimados pelo Poder Legislativo, com ênfase em processos inquisitivos de aferição da verdade real ou material, e os Estados Unidos, com exceção do Estado da Lousiana, filiados ao *Common Law*, que privilegia a participação popular na administração da justiça e concentra sua legitimação em processos de negociação consensual da verdade.

Como sabemos a Constituição dos EUA é sintética, contendo mais princípios do que regras, mas até 15 de dezembro de 1791 foram aprovadas dez emendas constitucionais tratando de direitos fundamentais, que ficaram conhecidas como uma declaração de direitos dos EUA (*bill of rights*), e muitos consideram essas emendas um verdadeiro mini-código de processo penal.

Este ensaio pretende inicialmente traçar rápidas considerações sobre as famílias jurídicas do *Common Law* e do *Civil Law*, também denominada Romano-germânica, seguida de uma breve comparação entre a garantia constitucional do devido processo legal nos sistemas criminais do Brasil e dos EUA, identificando individualidades e peculiaridades entre o instituto da transação penal introduzido em nosso sistema pela Lei n. 9.099/98 e o *plea bargain* do sistema estadunidense.

2 COMMON LAW E CIVIL LAW

A história da liberdade norte-americana é, e não em pouca monta,

² Cf. SUANNES, Adauto. Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1999, p.123.

história do processo. David J. Bodenhamer³

Em regra a expressão *Common Law* é empregada para designar uma tradição jurídica nascida na Inglaterra do século XI, a partir das sentenças dos Tribunais de Westminster, como eram denominadas as cortes constituídas pelo rei e a ele subordinadas diretamente.

A expressão, no entanto, não deve confundir-se nem com o direito inglês, já que também é adotado pelo País de Gales; nem com o direito britânico, vez que a Escócia, embora seja um reino integrante da Grã-Bretanha, adota o sistema Românico-germânico; nem com o direito anglo-saxão, que se refere aos direitos costumeiros e particulares das tribos dos primitivos povos da Inglaterra antes da conquista normanda em 1066, e que inicialmente eram aplicados pelas *Conty Courts*, mas foram suplantados justamente com a criação do *Common Law*.

Tampouco pode ser confundido com a *Equity*, inicialmente aplicada pelos Tribunais do Chanceler do Rei, visando temperar o rigor da *Common Law*, atendendo as questões de equidade, quando inexistia um *writ* para a resolução jurídica de determinada situação excepcional.⁴

Com efeito, na origem histórica do *Common Law*, semelhante ao processo formular dos *praetores* e do *judex* romanos, a distribuição da justiça era uma prerrogativa que os reis outorgavam aos juízes (*judges*) que perambulavam pelo reino, concedendo *writ* para que as autoridades respeitassem uma situação jurídica do beneficiado, que posteriormente poderia ter as questões de fatos de suas pretensões julgadas por um *jury*.

Hoje, tanto na Inglaterra quanto nos EUA, os órgãos de aplicação da *Common Law* e da *Equity* estão unificados, e embora continue válido o princípio que só admite a utilização da *Equity* quando inexistir remédio na *Common Law*, na prática esta divisão ocorre mais em função da classificação do instituto jurídico do direito, prevalecendo os julgamentos pelo juiz togado na *equity* e pelo júri no *Common Law*.⁵

Em outro sentido, *Common Law* significa o direito criado pelo juiz (*judge-made-law*) através dos precedentes judiciais (*cases law*), que se contrapõe ao *Statute Law*, que é o direito criado pelo legislador através dos *enactments of legislature*, consubstanciados em tratados internacionais, constituição federal, constituições estaduais, leis ordinárias federais e estaduais, regulamentos administrativos federais, estaduais e locais, bem como nos diplomas legislativos elaborados pelo Poder Judiciário.

³ ROBERT, G. McCloskey. **The American Supreme Court**. The University of Chicago Press. 2.ed. 1994. p.01.

⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.51.

⁵ SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy. 2001. p.21.

Inicialmente é preciso ter em conta que nos EUA, a União Federal e a maioria dos Estados-membros adotam um sistema misto entre a *Common Law* e a *Civil Law*, com uma Constituição Federal escrita e rígida, com supremacia em relação a qualquer outra norma jurídica, seja ela instituída por juizes ou legisladores infraconstitucionais, pois ainda que o *case law* seja a principal fonte do direito, a lei escrita lhe é superior, podendo a qualquer momento modificá-las.

A família jurídica Romano-Germânica ou da *Civil Law*, por sua vez, nasceu na Europa continental a partir da combinação de várias tradições surgidas em diferentes períodos da história, tais como o Direito Civil Romano, o Direito Canônico, a Ciência Jurídica, a Escola da Exegese, o processo de codificação e o Direito Comercial.

As suas características principais são a suprallegalidade do texto constitucional e o conseqüente controle de constitucionalidade, a divisão entre o direito público e o privado, o predomínio da lei escrita e a atuação do Poder Judiciário restrita à interpretação e aplicação da Constituição e das leis.⁶

É que enquanto na Inglaterra, a evolução do direito se deu no sentido da elaboração de regras sobre ações processuais, de modo que a inexistência de um *writ* para determinada situação poderia ter como consequência a impossibilidade de dizer-se o direito, a Europa continental estava mais preocupada com o direito material.⁷

Em verdade, o caráter distintivo da família Romano-Germânica, quando comparada com o *Common Law*, é que na primeira a legislação é a principal fonte jurídica, lugar ocupado na segunda pelo costume e precedentes judiciais, de modo que as leis são utilizadas excepcionalmente, apenas para os casos por ela regulados, não sendo permitida a interpretação analógica.

3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO SISTEMA CRIMINAL DOS EUA

Um ato legislativo (que não posso chamar de lei) contrário aos primeiros princípios do contrato social, não pode ser considerado um exercício legítimo de autoridade legislativa. A obrigação de uma lei em governos estabelecida em contrato expresso, e de princípios republicanos, deve ser determinada pela natureza do poder em que está fundada. Alguns exemplos são suficientes para explicar o que eu quero dizer. Uma lei que puniu um cidadão por um ato inocente, ou, em outras palavras, por um ato, que, quando realizado, não violava qualquer lei existente; uma lei que destrói, ou prejudica os contratos privados de caráter legal dos cidadãos;

⁶ DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado: Introdução, Teoria e Metodologia*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000, p.196-202.

⁷ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado*. Td. Hermínio A de Carvalho, Lisboa. Ed: Meridiano, 1978.

uma lei que faz um homem juiz da sua própria causa; ou uma lei que retire a propriedade de A e dê para B: é contra qualquer razão e justiça um povo dotar um legislativo com tais poderes, e consequentemente, não se pode presumir que o fêz. Juiz Samuel Chase(1798)⁸

A mais importante proteção à liberdade pessoal consiste no modo de julgamento assegurado a toda pessoa acusada de cometer um crime. A parte goza durante todo o processo da presunção de inocência até que se prove que ele é culpado.⁹

Nos EUA todo ato positivo ou negativo de violação de uma lei criminal é também considerado uma ofensa contra o Estado. Quando essa ofensa é grave (*felonies*) se imputa uma pena privativa de liberdade a ser cumprida numa penitenciária ou prisão do Estado, e em alguns casos até mesmo se aplica a pena capital. Quando, porém, a ofensa é menos grave (*misdemeanour*), é imputada uma pena privativa de liberdade em reformatórios ou cadeias públicas.

O processo criminal nos EUA é regulado por normas constitucionais e por uma legislação federal escrita (*Federal Statutes*) editada pelo Poder Legislativo em colaboração com o Executivo (*Acts*) e pela Corte Suprema através das Normas Federais Regulamentares do Processo Criminal de 1946 (*Federal Rules of Criminal Procedures*).

Nos Estados-membros (*member States*), dada a característica centrífuga da federação nos EUA, a principal fonte de direito processual criminal são as Constituição Estaduais, seguidas pelas leis ordinárias estaduais (*statutes laws*), regulamentações dos Tribunais Superiores e pelos precedentes judiciais (*state case laws*).

Com efeito, as normas de direito criminal e processo criminal nos EUA não são uniformes, e salvos nas questões do âmbito da Justiça Federal, variam substancialmente em cada Estado-membro, de modo que se pode afirmar que a única regra nacional no processo criminal nos Estados da Federação norte-americana é o respeito irrestrito e sagrado ao princípio de base da democracia daquele país: o devido processo legal (*due process of law*), enquanto conjunto de regras que impõem o devido respeito aos direitos subjetivos fundamentais da vida, liberdade, livre expressão, ir e vir, julgamento por um júri nos crimes graves e respeito à propriedade individual¹⁰.

A matriz do devido processo legal tem origens na cláusula *law of land*, inscrita na *Magna Charta* de 1215, documento considerado um dos principais

⁸ ORTH, John V. Due processo f law: a brief history.

⁹ COOLEY, Thomas M. A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union. New Jersey: The Lawbook Exchange. 1999, p.309.

¹⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. Common Law: Introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.126

antecedentes do constitucionalismo moderno, que acabou por se tornar um dos principais instrumentos de interpretação da Suprema Corte dos EUA.¹¹

Esse princípio foi inicialmente consagrado pelas IV,V e VI Emendas, que foram ratificadas em 15 de dezembro de 1791 juntamente com as emendas I, II,III, VII, VIII, IX e X, constituindo na denominada *Bill of Rights*, que é a Declaração de Direitos norte-americana.

As primeiras declarações de direito dos EUA ocorreram em 1776, decorrentes da luta de algumas colônias contra a metrópole, e para muitos autores vão influenciar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa em 26 de agosto de 1789.¹²

A Emenda I trata dos direito relativos ao culto religioso, à liberdade de expressão e de imprensa, aos direitos de reunião e de petição, ¹³e um dos principais exemplos foi o do professor de biologia J. Scopes, que acabou absolvido em 1925 pela Corte Suprema do Tennessee, após ser condenado em primeira instância por ensinar a teoria da evolução numa escola de segundo grau.¹⁴

A Emenda II cuida do direito ao porte de armas¹⁵, a III do direito de privacidade, enquanto a Emenda IV trata da inviolabilidade da residência em face a buscas e apreensões.¹⁶

A Emenda V foi a primeira a fazer referência à *due process clause*,

11 Segundo BARROSO, Luis Roberto. Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. In: José Ronald Cavalcante Soares (org). Estudos de Direito Constitucional – Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr. 2001. p. 320: “O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional”

12 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992., p.113.

13 Emenda I - O Congresso não editará nenhuma lei instituindo um religião, ou proibindo o seu exercício; nem restringirá a liberdade de expressão ou de imprensa, ou o direito das pessoas se reunirem pacificamente e de peticionar ao governo para a correção de injustiças.

14 Cf. ZIMMER, Carl. O livro de ouro da evolução. Rio de Janeiro:Ediouro.2003, P498, Na verdade, a corte não absolveu o réu pelos motivos constitucionais que a União Americana das Liberdades Civis(UALC) esperava, mas apenas mandou arquivar o caso porque o juiz do caso original estabeleceu uma multa de 100 dólares, quando a lei do Tennessee só permitia que júris estabelecessem multas até 50 dólares.

15 Emenda V – Ninguém será considerado réu de um crime capital ou infamante, a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um júri de acusação (*grand jury*), exceto em se tratando de fatos ocorridos nas forças armadas de terra ou mar, ou então na milícia, quando em serviço efetivo em tempo de guerra ou de perigo público; ninguém será julgado duas vezes pelo mesmo crime, a penas que afetem sua vida ou integridade física, nem será forçado, em qualquer processo criminal, a testemunhar contra si próprio, nem será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo legal; ninguém será expropriado de seus bens para uso público sem uma justa indenização.

16 Emenda IV - O direito do povo de estar seguro contra irrazoáveis buscas e apreensões a sua pessoa, residência, documentos ou móveis, não deve ser violado, e nenhuma busca ou apreensão deve ser concedida, salvo quando existirem causas prováveis, asseguradas por mandado judicial que descreva o local da busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

consubstanciado no julgamento pelo júri popular nos crimes mais graves, a impossibilidade de alguém ser processado duas vezes pelo mesmo fato, a garantia de não ser obrigado a depor contra si mesmo e direito a justa indenização nos casos de expropriação.¹⁷

A Emenda VI¹⁸ contempla os princípios do *fair trial*, pois todo acusado tem direito a um julgamento rápido por um júri formado por pessoal residente no local do crime, ser informado do teor da acusação e assistido por um advogado e arrolar testemunhas.¹⁹

A Emenda VIII proíbe a imposição de fiança ou multa de valor excessivo, penas cruéis e inusitadas²⁰, ao passo que a Emenda XIX afirma que os direitos constitucionais são meramente exemplificativos²¹.

Em sua origem tais princípios constitucionais apenas podiam ser invocados contra as autoridades federais, mas após a Guerra Civil e a libertação dos escravos, foi promulgada a Emenda XIV (*Fourteenth Amendment*) em 16 de junho de 1866, posteriormente ratificada por todos os Estados-membros, em 23 de julho de 1868, que passou a admitir a invocação das garantias do *Due Process of Law* também contra as autoridades estaduais.²²

É importante ressaltar que mesmo após essa Emenda a Suprema Corte ainda relutava em aplicar a *Bill of Rights* não era um direito dos réus, mas um

¹⁷ Emenda V- Ninguém será detido para responder por crime capital ou outro crime infame, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

¹⁸ Emenda VI - Em qualquer persecução criminal, o acusado deve gozar do direito a um procedimento rápido e público, por um júri imparcial do Estado ou Distrito em que o crime tenha sido cometido, distrito este que deve ter sido previamente determinado pela lei, e ser informado previamente da natureza e causa da acusação, para ser confrontada com as testemunhas adversas; a ter um procedimento compulsório para trazer testemunhas a seu favor e de ser assistido por advogado para a sua defesa.

¹⁹ O leading case foi *Powell v. Alabama* de 1932, quando a Suprema Corte a pedido da Associação Nacional para o progresso da Gente de Cor (NAACP) absolveu um grupo de jovens negros condenados à pena capital por agredir alguns brancos na cidade de Scottsboro. À época todos os defensores, brancos, nomeados para o caso recusaram o encargo, salvo um inexperiente advogado de 70 anos, que pouco fez pelos acusados, razão pela qual a Corte reconheceu a ausência de defesa dos réus.

²⁰ Emenda VIII – Não serão exigidas nem impostas fianças ou multas excessivas, nem infligidas penas cruéis ou inusitadas.

²¹ Emenda XIX – A especificação de certos direitos na Constituição não deve ser entendida como uma negação ou depreciação de outros direitos conservados pelo povo.

²² Emenda XIV- Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

dever das autoridades federais, de modo que não se aplicava na esfera privada nem nas esferas estaduais, o que sova ocorrer em 1961, ao julgar o caso *Mapp v. Ohio*.²³

A partir de então os Estados não mais puderam desconsiderar o devido processo legal quando estivesse em jogo a vida, a liberdade ou a propriedade das pessoas.

Desse modo, nos EUA o *Due Process of Law* significa um princípio de hermenêutica e de direito auto-aplicável, tanto a nível federal como estadual, de resguardo dos direitos fundamentais da pessoa humana, tais como a proteção contra buscas e apreensões invasivas da privacidade, sendo necessário mandado judicial com expedição sujeita a comprovação da ocorrência de justa causa (Emenda IV); direito a um julgamento pelo júri nos crimes graves, proteção contra dupla acusação e o direito ao silêncio (Emenda V); direito a um julgamento rápido efetuado pelo júri do local onde ocorreu o fato, direito a ser informado do teor da acusação, direito a ser assistido ou a recusar advogado, direito ao contraditório das testemunhas e a ter testemunhas de defesa forçosamente conduzidas (Emenda VI).

Com efeito, no sistema criminal dos EUA, após a prisão de qualquer pessoa, esta deve ser apresentada a um funcionário da Justiça com poderes decisórios mas sem as garantias constitucionais dos juízes, (*magistrate*), para exames preliminares (*preliminary examinations*), oitiva de testemunhas e recolhimento de provas circunstanciais, com poderes para decretar a atipicidade da conduta ou a inexistência de prova de autoria (*dismissal*) ou estabelecer uma fiança para livrá-la solta (*fix a bail*) enquanto se iniciam as investigações, decisões essas que são recorríveis a um juiz pleno, denominado *article III judge*, em referência ao artigo terceiro da Constituição.

No interrogatório para colheita de provas pela polícia, o suspeito tem direito a ter advogado (*right to counsel*) ou de recusar advogado (*right to refuse counsel*); não sendo admitido o atraso injustificável ou tentativas de auto-incriminação (*self-incrimination*).

Além disso, sob pena de exclusão do procedimento probatório ou posterior nulidade *ab initio* do processo (*exclusionary rules*), é defeso a utilização de provas obtidas com atos invasivos da liberdade das pessoas, tais como a apreensão abusiva de coisas, invasão de domicílio ou revista pessoal invasiva dos direitos da pessoa humana (*unreasonable search and seizure*), bem como a confissão obtida por meios coercitivos (*coerced confession*).

Concluídas as investigações policiais, as informações são encaminhadas ao promotor de justiça (*public prosecutor*), mas como no sistema criminal dos EUA

²³ Dollree Mapp era uma senhora que teve a sua residência invadida pela polícia estadual, que tinham um mandado de busca de máquinas de jogo ilícito, e não encontrando as máquinas, apreenderam material pornográfico que não guardava relação com o motivo da diligência.

prevalece o princípio da oportunidade, o promotor público pode optar pela não promoção da ação penal, tendo em vista a conveniência do interesse público, acalentado pela tópica de que o Estado não deve cuidar de coisas insignificantes (*mínima non curat praetor*), podendo deixar de promover o *jus puniendi* quando verificar que a ação penal poderá provocar inconvenientes ao interesse público, determinando, então, o arquivamento dos autos do inquérito.

Segundo Dworkin:

Se decidir, porém, pela persecução criminal, a defesa poderá adotar três caminhos:

a) tratando-se o direito ao julgamento pelo *Grand Jury* de um direito disponível, o suspeito pode preferir ser indiciado diretamente pelo promotor, onde terá a possibilidade de negociar a admissão de culpa (*plead guilty on arraignment to a lesser offense than charged*) por uma pena mais reduzida ou pela desqualificação do crime para um delito com punibilidade menos grave através de um acordo (*plea bargaining*) que produzirá seus efeitos apenas naquele processo, não servindo de prova para outro processo criminal ou cível, face a garantia contra dupla acusação (*guarantee against double jeopardy*).

A *plea bargaining* consiste fundamentalmente numa negociação entre a promotoria e a defesa, em que após definida a prática da infração penal, e superada a fase do *preliminary screen* (a nossa *opinio delicti*), abre-se oportunidade ao suspeito para o *pleading*, onde poderá se pronunciar a respeito da sua culpabilidade: se se declara culpado e confessa o crime (*pleads guilty*) após um processo de negociação com a promotoria para a troca da acusação por um crime menos grave, ou por um número mais limitado de crimes, opera-se a *plea*, que é a resposta da defesa, e então pode o juiz fixar a data da sentença, sem necessidade do devido processo legal ou de um veredicto.

b) recusa o litígio, alegando o “*plea nolo contendere*”, que autoriza uma sentença como se fosse culpado, mas que não representa confissão de culpa e nem serve de prova para outros procedimentos criminais ou cíveis, face a proteção contra dupla acusação.

c) alega inocência (*not guilty*) por insuficiência jurídica da acusação ou silencia, dando início a segunda fase do processo penal, com a instalação do *trial* e seus procedimentos públicos, que a depender do Estado-membro o juiz julga com ou sem a participação do júri

A partir de então se instaura o processo criminal (*trial*) através de uma acusação formal contra o suspeito, que a depender do Estado-membro poderá ser feita a) perante um *Grand Jury*, formado por 25 jurados leigos com poderes para ouvir testemunhas e ordenar providências investigatórias, b) ou diretamente a um Juiz, sempre tendo em conta que dentre os direitos fundamentais da pessoa humana que podem ensejar a anulação do processo penal pelos procedimentos recursais, encontra-se o que se refere à imparcialidade do *Grand Jury* e do *Jury*,

tanto do juiz quando dos jurados leigos.

Se o promotor apresenta os seus argumentos perante o *Grand Jury*, este poderá aceitá-los (*indictment*) ou apresentar uma nova acusação (*presentment*) sem considerar os argumentos daquele.

Definido o procedimento, com a aceitação da acusação pelo Grande Júri (*indictment*), ou com a apresentação de nova acusação pelo Grande Júri (*presentment*) ou ainda com acusação feita diretamente perante o juiz (*information*), o juiz designa a data do julgamento que tem início com a formação do *petty juri*, em regra formado por 12 leigos (*laymen*), os jurados (*jurors*) e seu porta-voz (*foreman*), cuja competência é julgar as questões de fato e apresentar um veredicto em favor da inocência (*not guilty*) ou da culpabilidade (*guilty*) do réu.

Nesta fase predomina a oralidade e a informalidade dos procedimentos, aliada a sofisticadas regras sobre a administração das provas (*The Law of Evidence*), onde a requerimento inicial (*complaint*) exige apenas o relato dos fatos, a indicação da autoria e o pedido do remédio.

Escolhido o júri, o julgamento se inicia com as alegações iniciais (*arraignment the trial judge*) da promotoria e da defesa, que consiste na leitura formal do libelo acusatório, seguido de um relato estéril dos fatos e da indicação lacônica das provas a serem apresentadas pelo Estado e pela defesa, sem qualquer argumentação ou inferência das provas.

Os autos do inquérito policial, bem como as provas obtidas na *fase* anterior não são levadas em consideração, assim como o réu (*defendant*) não está obrigado a prestar depoimento, em virtude da garantia contra a auto-incriminação (*privilege against self-incrimination*), sem que isso possa ser interpretado contra a sua defesa.

A evolução do direito criminal norte-americano ocorreu em duas grandes fases: o *procedure due process* de caráter estritamente processual, e o *substantive due process* consubstanciado na jurisdição constitucional com vistas no controle constitucional do arbítrio legislativo, também denominado princípio da proporcionalidade.

Para alcançar esta dimensão substantiva, especialmente após a queda da bolsa de 1929 com a implantação do *New Deal*, a Suprema Corte estadunidense passou a admitir o intervencionismo judicial para assegurar direitos e liberdades não econômicas, abrindo um amplo espaço para o exame de mérito dos atos do poder público, redefinindo o conceito de discricionariedade, para a luta pela igualdade racial (*Brown v. Board of Education*), privacidade (*Griswold v. Connecticut*), aborto (*Roe v. Wade*), por direitos políticos (*Reynolds v. Sims*)²⁴.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. In: José Ronald Cavalcante Soares (org). Estudos de Direito Constitucional – Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Ltr. 2001, p. 322-4.

4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Rui Barbosa²⁵

No Brasil o princípio do devido processo legal está previsto no art. 5º, LVI da Constituição Federal:

Art. 5º .

LIV. ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Em verdade, também no Brasil o princípio do devido processo legal quase se confunde com o princípio do Estado de Direito, e se num sentido restrito consiste na garantia de que não haverá pena sem processo (*nulla poena sine iudicio*), em sentido amplo é uma espécie de princípio reitor de todo o sistema jurídico processual, já que todos os outros dele são derivados, tais como os princípios da publicidade dos atos processuais (inc. LX), da proibição de provas obtidas por meio ilícito (inc. LVI), do promotor e do juiz natural (inc. LII), do contraditório e da ampla defesa (inc. LV), da presunção de inocência (inc. LVII), do direito ao silêncio e de ser assistido pela família e por advogado (inc. LXIII), de não ser obrigado a confessar sob coação física ou moral (inc. XLIX) e de um julgamento pelo júri popular nos crimes dolosos contra a vida (inc. XXXVIII).

Inobstante, embora os autores costumem afirmar a origem norte-americana do instituto, o princípio do devido processo legal no Brasil é distinto em muitos aspectos do daquele país, mesmo porque lá o devido processo legal é uma opção do acusado, a quem é devido, pelo Estado, um determinado procedimento judicial, entre eles o *speedy trial*, que é um julgamento rápido, enquanto no nosso sistema o julgamento é obrigatório e de temporalidade predeterminada. 26 (LIMA, 1999:122).

Com efeito, enquanto no sistema criminal dos EUA o devido processo legal é um direito disponível, no Brasil prevalece o princípio da legalidade ou da obrigatoriedade, fundados na tópica *delicta maneat imputina* (os delitos não devem ficar impunes), de forma que a autoridade policial e o promotor de justiça estão obrigados, sob pena de cometerem o crime de prevaricação, a promover a apuração e a deflagração da ação penal de todo e qualquer delito, só podendo deixar de fazê-lo nas hipóteses de atipicidade, impunibilidade do agente, ilegitimidade processual, imaterialidade do fato por falta de prova material ou autoria ignorada, mesmo assim através de requerimento de arquivamento ou

²⁵ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret. 2003.

²⁶ LIMA, Roberto Kant de. Acesso ao Saber na Cultura Jurídica do Brasil e dos EUA. In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros- Cidadania e Justiça. n.6. 1999, p. 122.

absolvição sumária que deve ser submetida a apreciação do juiz.

Além disso, proposta a ação penal pública, prevalece o princípio da indisponibilidade do processo, e o Ministério Público não poderá dela dispor, transacionando, desistindo ou acordando com o acusado.

Não obstante, a partir da vigência da Lei Federal nº 9099/95, estes princípios foram mitigados, pois a denominada lei dos juizados especiais criminais possibilitou a transação penal entre a acusação e defesa nos crimes de menor potencial ofensivo (aqueles cuja pena máxima não ultrapassam dois anos de reclusão) para a aplicação de medidas alternativas privativas de direitos que acabam por extinguir a punibilidade do crime, sem que isso signifique reconhecimento de culpa, além de não determinar qualquer repercussão na esfera cível, o que torna o instituto semelhante ao *plea nolo contendere*.

Em verdade, este instituto de despenalização vai abrir exceção, não apenas ao princípio constitucional do devido processo legal, mas também aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, e até mesmo o da verdade real, que para muitos é o escopo principal do processo penal, ao buscar, dentro dos autos da instrução criminal, os elementos probatórios da autoria e materialidade do delito com a certeza absoluta da verdade, através da reconstituição simulada do fato.

Com efeito, os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal vai ser excepcionado pelo princípio da discricionariedade regulada ou regrada, que permite que em casos legalmente previstos se abra espaço para a autonomia das vontades das partes sob controle do Poder Judiciário.

Importante salientar que embora alguns autores falem na inconstitucionalidade da lei dos juizados especiais criminais, não podemos deixar de ressaltar que foi a própria Constituição Federal que em seu art. 98, I permitiu a criação de juizados especiais criminais onde fosse possível a transação penal, razão pela qual não se pode falar em inconstitucionalidade da própria norma constitucional.

No Brasil, após o recebimento da ação penal pelo juiz, a garantia do devido processo legal assegura ao réu o direito ao contraditório (art. 5º, LV da CF), de forma que na fase processual a acusação e a defesa devem estar em posição de igualdade, não existindo entre elas diferença de meios, prazos ou oportunidades, sendo defeso ao juiz praticar qualquer ato processual sem o conhecimento da parte contrária.

Nesta fase processual prevalece o princípio da publicidade, de forma que todos os atos judiciais devem ser públicos, salvo nas situações previstas no art. 5º, LX da CF, quando se tornar necessária a preservação da intimidade da parte ou quando o interesse social assim o exigir, como nos casos em que, a critério do Juiz, houver possibilidade de escândalo, perigo de perturbação da ordem pública ou qualquer outro inconveniente grave (art. 792, § 1º, do CPP).

No Brasil, porém, embora seja assegurado o direito ao silêncio como um direito fundamental do acusado, para muitos juízes isto pode significar uma confissão de culpa (quem cala consente), vez que até antes da Constituição de 1988, o juiz era obrigado a advertir ao réu que o seu silêncio poderia ser contra ele utilizado.

É que enquanto os EUA adotam o sistema de certeza moral do legislador e da verdade legal ou formal, com repulsa a aspectos inquisitoriais, onde o juiz é uma espécie de árbitro, sem impulsos oficiais em relação a sociedade, representada pelo Ministério Público e pelo acusado, com a lei impondo a observância de princípios e estabelecendo o valor de cada prova, no Brasil prevalece o sistema da livre convicção e da verdade real, de forma que o *jus puniendi* não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes, de maneira que uma vez proposta a ação penal, pública ou privada, a tramitação processual depende de impulso oficial do juiz, que pode promover todas as diligências que julgar necessárias para ordenar o processo, inclusive modificando qualificadoras, privilégios ou a própria tipificação do crime.

Além disso, o juiz tem amplos poderes para dar ou não credibilidade a essas provas, prevalecendo o seu livre convencimento e a relatividade das provas, já que não existem provas preponderantes, e mesmo que o Ministério Público proponha a absolvição do acusado, o juiz poderá condená-lo .

É que enquanto nos EUA se controla não apenas a causa eficiente e material das provas, mas também a sua causa final e o seu *modus faciendi*, e a violação de certas formalidades probatórias poderão dar causa a nulidade total do processo (SOARES, 1999:139), no Brasil do princípio do contraditório decorre a liberdade processual, podendo o acusado apresentar qualquer meio de prova e escolher o advogado que lhe aprover, de modo que os acusados podem e devem usar de todos os recursos possíveis para sua defesa, desde o silêncio até a mentira - eis o paradoxo do nosso sistema criminal - vez que o interrogatório não é feito sob juramento, razão pela qual ao suspeito da fase inquisitorial e ao réu da fase processual é permitido apresentar a versão que lhe aprover para os fatos, sem que isto represente qualquer risco jurídico, enquanto que no sistema criminal dos EUA o acusado pode silenciar, mas se resolve falar depõe como testemunha e não poderá mentir sob pena de cometer o crime de perjúrio, que entre nós é mais conhecido por falso testemunho.

É certo que em nenhum dos países se admite provas ilegais, que são as provas ilícitas, obtidas com violação de direito material, tais como a inviolabilidade domiciliar, telefônica, à intimidade, ao sigilo, às integridade física etc., e as provas ilegítimas, obtidas com desrespeito ao direito processual, salvo em casos extremamente graves e em legítima defesa de direitos humanos fundamentais, como nos casos de gravação telefônica para comprovação de crime de sequestro ou extorsão.

No Brasil, ainda não está sedimentada a questão dos frutos da árvore

envenenada (*fruits of the poisonous tree*), ou seja, a comunicabilidade da prova ilícita originária em relação as demais provas dela decorrentes, muito embora a mais recente decisão do STF tenha sido no sentido de reafirmar este princípio. No entanto, a existência de provas ilegais não determinam por si só a nulidade do processo, desde que existam outras provas lícitas e autônomas que conduzam à culpabilidade do réu.

5 CONCLUSÕES

A vida do direito não tem sido lógica: ela tem sido experiência. Oliver Wendell Holmes Jr.²⁷

Para entender o direito numa sociedade complexa como a nossa, Habermas destaca a necessidade de uma razão comunicativa que difira da clássica razão prática, enquanto instrumental lingüístico onde as interações se equilibrem na busca do entendimento, razão esta que forneceria o suporte de um massivo consenso de fundo, a partir da idéia de autonomia, onde os homens possam agir como sujeitos livres, na medida em que obedeçam a normas que eles mesmos tenham participado da elaboração, em um processo intersubjetivo.²⁸

O sistema criminal dos EUA, típico do espírito pragmático anglo-saxão, confere total independência ao Ministério Público para na maioria absoluta dos casos negociar a culpabilidade e a tipicidade dos crimes, conseguindo então solucionar 95% dos casos penais fora dos tribunais, sem a necessidade de um processo penal caro e, moroso.

É que a base democrática nos EUA impõe a participação popular na administração da justiça, onde uma grande parte dos promotores e juizes estaduais são eleitos, o que confere uma dimensão política muito acentuada à Justiça.

Por outro lado - a despeito das distorções inerentes ao sistema econômico e político norte-americano, tais como, o racismo e o hedonismo - como apenas são levados ao processo do júri popular os casos criminais em que o acusado recusa a transação penal (*bargaining*) e exige um julgamento rápido, é possível à polícia, peritos e promotores uma dedicação efetiva ao caso.

Isto, sem dúvida, confere um elevado grau de eficácia social ao direito criminal nos EUA, sem contar a enorme economia nos gastos públicos e no tempo despendido para o julgamento do acusado, com significativos ganhos para o Estado, sociedade e também para os acusados.

Não obstante, este sistema sofre severas críticas, principalmente de autores brasileiros, formados na tradição jurídica liberal, onde os princípios da

²⁷ HOLMES JR. Oliver Wendell. The common law. New York:Dover Publication.1991.p.1.

²⁸ HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia:entre faticidade e validade.volume II. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro.1997, p.189.

culpabilidade e da verdade real ocupam lugar de destaque na teoria do direito penal, sob a alegação de num sistema como este pode ocorrer o favorecimento dos segmentos mais abastados da população, onde os mais pobres teriam menos poder de barganha, por não disporem de bons e bem remunerados advogados, o que certamente ensejaria muitos erros judiciários .

Além disso, muitos afirmam que o sistema criminal dos EUA importaria na destruição de princípios constitucionais basilares, dentre eles o princípio do devido processo legal, e mais notadamente os da presunção de inocência e da verdade real ou material, bem como o da separação dos poderes, por significar uma invasão do Ministério Público no campo de atribuições do Poder Judiciário.

De uma forma ou de outra, porém, sabemos que o sistema criminal brasileiro, ainda arraigado aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, se encontra em colapso, e talvez por esta razão, a partir da Lei nº 9.099/95 tenha sofrido influência do sistema criminal dos EUA, notadamente da *plea nolo contendere*, ao admitir nos crimes de menor potencial ofensivo transação penal sem o devido processo penal clássico.

Na verdade, a lei brasileira está mais próxima dos modelos italiano (arts. 439 e 556 do CPP) e português (arts. 392 *et seq* do CPP), que excepcionam os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal apenas em casos legalmente previstos, onde o Ministério Público deve observar determinadas condições, dentre elas a proibição de propor penas privativas de liberdade.

Esta influência também pode ser notada no instituto da suspensão condicional do processo, em muito semelhante ao *probation* do sistema criminal dos EUA, vez que se o crime possuir pena mínima abstrata não superior a um ano, houver reparação do dano e existir a possibilidade de concessão de futuro *sursis* (suspensão da execução da pena já aplicada) ao acusado será permitida a suspensão do processo, que sem discutir a culpabilidade e mediante o cumprimento de certas condições poderá ver extinta a punibilidade pelo crime praticado.

Estes institutos marcam a introdução de justiça criminal consensual em nosso sistema, permitindo uma resposta rápida para crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, e ao próprio suspeito a possibilidade de livrar-se de um processo demorado e de conclusão imprevisível em troca da extinção de punibilidade mediante o cumprimento de medidas alternativas e da reparação dos danos que o fato provocou.

A rigor, esta lei, que poderá promover uma verdadeira revolução no sistema criminal brasileiro, veio se contrapor à tendência atual, que inspirada no movimento denominado "lei e ordem" propõe um direito penal simbólico, excessivamente intervencionista e preventivo, através de medidas repressivas de extrema severidade, tais como a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei do Crime

Organizado, que findaram por não produzir o efeito esperado de diminuição da criminalidade.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais, ao contrário, acompanha os avanços apresentados em diversos países, dentre eles o sistema criminal dos EUA e as propostas doutrinárias mais avançadas, pois desde Beccaria se sabe que realmente faz diminuir a criminalidade não é a severidade da pena, mas a certeza da sua aplicação.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais, através dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo vão certamente oferecer uma grande contribuição ao sistema criminal brasileiro, ainda que tenham sido introduzidos de maneira tímida.

Tais institutos deveriam ser ampliados através do aumento para até cinco anos a pena máxima para crimes que permitam transação penal, de modo que um maior número de crimes possam ser submetidos aos juizados especiais criminais

Além disso, devemos inserir em nosso sistema criminal a possibilidade do réu declara-se culpado e negociar a pena com a justiça, livrando-se de um processo penal moroso e incerto.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva: 2003.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.
- COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*. New Jersey: The Lawbook Exchange. 1999.
- DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado: Introdução, Teoria e Metodologia*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado*. Td. Hermínio A de Carvalho, Lisboa. Ed: Meridiano, 1978.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.
- HOLMES, Oliver Wendel. *The Common Law*. New York: Dover Publications, 1991.
- LIMA, Roberto Kant de. Acesso ao Saber na Cultura Jurídica do Brasil e dos EUA. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros- Cidadania e Justiça*, n.6, p. 113-133, 1999.

ORTH, John V. *Due processo f law: a brief history.*

ROBERT, G. Mccloskey. *The American Supreme Court. The University of Chicago Press.* 2.ed. 1994.

SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano.* São Paulo: Landy. 2001.

ZIMMER, Carl. *O livro de ouro da evolução.* Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

SUANNES, Adauto. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.



DIREITO CONSTITUCIONAL À REPARAÇÃO DE DANOS NA SOCIEDADE DE RISCOS

Joyceane Bezerra de Menezes¹

RESUMO

Analisa os novos rumos da responsabilidade civil que migra da culpa ao risco inerente à atividade, reestruturando os seus pressupostos para minimizar a insegurança no cenário da sociedade de risco, ambiente das incertezas, onde os riscos secundários não são inteiramente previsíveis. Discutem-se as novas tendências da responsabilidade civil, voltada para a ressarcibilidade efetiva dos danos a partir dos elementos tradicionais de reparação associados a novos mecanismos marcados pela socialização da responsabilidade. Ampliam-se os domínios da responsabilidade civil para albergar toda a matéria de reparação dos danos. Se a máxima da responsabilidade civil subjetiva é a culpa; a palavra de ordem na responsabilidade objetiva é a distribuição do ônus entre aqueles que recebem o bônus direto da atividade de risco. Na sociedade de riscos, admite-se que a distribuição de riquezas e a distribuição dos efeitos positivos do progresso autorizam a socialização dos riscos, vez que estes são consequência inexorável do avanço da ciência, da tecnologia, dos processos produtivos etc. Por esta via, chama-se não apenas a iniciativa privada, mas também a coletividade e até mesmo o Estado, a encarar os riscos secundários da atividade, por meio de instrumentos de responsabilidade coletiva.

Palavras-chave

Responsabilidade civil; da culpa ao risco; sociedade de riscos; socialização dos riscos; novos mecanismos de reparação de danos.

ABSTRACT

Examines the new directions of civil liability of guilt that migrates to the risk inherent in the activity by restructuring their assumptions to minimize uncertainty in the setting of risk society, the environment of uncertainty, where the risks are not fully predictable side. In this context, new tendencies in civil liability, focused on the effective reparation of damages through traditional means in association with new mechanisms marked by the socialization of responsibility are discussed. The domain of civil liability is augmented to include relevant matter in reparation of damages. If guilt is the foremost element in subjective civil liability, in objective liability that element is the

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora adjunto do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, nas disciplinas “Direito de Personalidade” e “Política Jurídica e Responsabilidade Civil”. joyceane@unifor.br.

distribution of burden amongst those who perceive direct benefits from the risk activity. In a risk society, admissibly the distribution of wealth and of the positive effects of progress enable the socialization of risk, these being the inexorable consequence of science, technology, productive processes, etc. In this fashion, not only private initiative, but also society and even the State, is called upon to face up to the secondary risks of activities, through instruments of collective liability.

Keywords

Civil liability; guilt to risk; risk society; risk socialization; new mechanisms of reparation.

INTRODUÇÃO

Convive-se com a promessa de vida qualitativa e longa e o pavor do caos ambiental esgotar as possibilidades do homem na terra. A sociedade industrial se firmou, socializando os efeitos do progresso, quebrando as fronteiras nacionais, distanciando os interlocutores contratuais, mas também, ampliando as ocorrências de danos, cujas origens nem sempre são identificáveis de modo inequívoco. Os riscos tornaram-se uma contingência da sociedade contemporânea. O avanço da tecnologia, que transcende das variadas técnicas da engenharia genética aos mais complexos sistemas de informática e de informação, gera uma expectativa na otimização da qualidade de vida do ser humano, ao tempo em que cria um ambiente de incerteza em relação ao futuro.

Em face do distanciamento entre os interlocutores contratuais, que se mensura muito bem a partir da proliferação dos contratos de adesão, do fortalecimento do mercado virtual, da produção transnacional e em razão da multiplicação dos danos, algumas garantias foram erigidas em favor da equidade, restringindo-se a autonomia da vontade ao bem justiça. A disciplina do *abuso de direito*, de princípios como a *função social*, a *boa fé objetiva*, a *probidade*, a *interpretação contratual pró-vulnerável* e o fortalecimento da teoria da confiança buscam atenuar as assimetrias entre os interesses dos agentes econômicos e os interesses dos cidadãos, em geral. Disto, sem dúvida, resultou na ampliação dos deveres gerais, no redimensionamento do conceito de ato ilícito e no alargamento dos domínios da responsabilidade civil.

Incrementou-se a responsabilidade *sem-cause* para a facilitação da efetiva reparação dos danos, nas hipóteses de atividade de risco, ao passo em que se dilargou a oneração dos agentes econômicos, ameaçando as possibilidades de investimento. Isso resvalou na redução do bem-estar do consumidor, no aumento dos preços em vista das altas taxas de seguro, no desestímulo de certas atividades etc, pois se toda a sociedade lucra com as comodidades do progresso, os riscos naturais da atividade certamente não devem ser encarados apenas pelos agentes econômicos.

Não é possível contabilizar-se todos os custos dos riscos. Nem se pode mapear os acontecimentos que o futuro reserva, sendo esta uma característica importante da sociedade de riscos. Antony Giddens² fala de incertezas fabricadas

² GIDDENS, Antony. As consequências da modernidade. São Paulo: UNESP, 1991, p.133.

e de riscos manufacturados como resultado da intervenção do homem no domínio da natureza. Na sua leitura, “fomos apanhados por universo de eventos que não compreendemos plenamente e que parecem em grande parte estar fora de nosso controle”³. Não se sabe o que o consumo contínuo de alimentos transgênicos poderá desencadear na saúde dos cidadãos e no meio ambiente. O uso regular de vários medicamentos é, não raro, surpreendido por resultados de pesquisas que condenam a utilização de seu princípio ativo. Não se tem certezas sobre os resultados dos procedimentos com uso de células-tronco.

Toda essa ambiência de riscos e incertezas provoca reflexões no campo da responsabilidade civil. A máxima de que o beneficiário da atividade deve arcar com os custos a ela inerentes é reutilizada para indagar-se sobre quem são os beneficiários diretos e indiretos destas atividades. Seria a coletividade beneficiária indireta?

Sob esta ótica, inquire-se sobre os novos rumos da responsabilidade civil, hipertrofiada pelos deveres gerais e pela necessidade de compensação por danos. Como conciliar o direito ao ressarcimento por danos e o equilíbrio financeiro das empresas? É chegada a hora da socialização dos riscos, demandando-se ônus para além da iniciativa privada, a fim de atingir outros segmentos da sociedade civil e o próprio Estado?

O objetivo do presente estudo é analisar as alterações no campo da responsabilidade civil na passagem da sociedade industrial para a sociedade de risco, seguindo como roteiro as indagações formuladas, apresentando as tendências que se avizinham.

1 DA CULPA AO RISCO

Os romanos ressaltavam o dever geral de não prejudicar ninguém por meio da máxima *neminem laedere*. O dever jurídico decorre da imposição de uma conduta externa, pelo direito positivo em face das exigências sociais. Da violação voluntária ou culposa de um dever jurídico, causando-se dano a outrem, decorre o ato ilícito que gera um novo dever jurídico – a reparação do dano. Nesta medida, a responsabilidade civil pela reparação do dano não se confunde com obrigação, pois enquanto esta impõe um dever primário, aquela estabelece um dever sucessivo (secundário) decorrente do descumprimento do dever primário.

Cavallieri Filho⁴ lembra que há obrigações de conteúdo determinado, nas quais o dever jurídico primário é mais facilmente identificável em face da própria lei ou do negócio jurídico que lhe dá origem; e as obrigações de conteúdo indefinido, que apenas apontam a um fim, sem a indicação precisa da conduta a ser seguida, razão pela qual, têm a identificação do dever é mais dificultada.

³ Ibid., p.12.

⁴ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2007, p.5.

A exemplo das últimas seguem os deveres decorrentes de cláusulas gerais como a boa fé, a probidade, a função social dos contratos; além dos deveres de qualidade, impostos pelo Código de Defesa do Consumidor aos fornecedores. É bem certo que, da violação dos deveres resultantes destas cláusulas gerais, com a ocorrência de dano, emergirá o dever de indenizar, sendo indiferente a perscrutação a cerca do elemento volitivo que moveu esta violação.

Em matéria de responsabilidade civil, é incontroverso que o dever de reparação exsurja em razão do dano causado pelo descumprimento do dever jurídico. Em alguns casos, porém, é possível que venha a emergir em face de dano decorrente de ato lícito⁵. Há qualquer tempo, o titular que autorizou voluntariamente a limitação de seu direito de personalidade (imagem ou privacidade, p.ex.), pode revogar o ato anterior, reservando-se o direito da outra parte à indenização, se ocorrido o dano.

As mudanças sociais e econômicas operadas ao longo do século XX suscitaram alterações marcantes no campo da responsabilidade civil. A reparação de danos é tema que alcançou foros de cidadania e, no Brasil, recebeu destaque constitucional⁶. Em razão dos processos sociais diversos, o foco da reparação se transfere da culpa para o dano, visando-se muito mais a ressarcibilidade do que uma espécie de reação punitiva. Nesse contexto, a reparação de dano transcende os limites tradicionais oitocentistas da responsabilidade civil, onde a culpa e o ato ilícito assumiram, historicamente, papel essencial. A responsabilidade objetiva alcança seu espaço e se firma em função do risco da atividade ou mesmo nas hipóteses previstas em lei⁷.

Na tentativa de resguardar a lógica francesa na doutrina da responsabilidade civil, alguns autores tentaram redimensionar o conceito de ato ilícito e/ou de culpa. Para Caio Mário⁸, todas as alterações que o conceito de ato ilícito sofreu não foi suficiente para resolver o problema da reparação do dano, pois não

⁵ Ordoqui Castilla defende que a reparação de dano decorrente de ato lícito não mais se comporta no âmbito da responsabilidade civil, consistindo em obrigação de compensar dano decorrente de ato lícito. Para Castilla "no podemos admitir que el mismo término se utilice para individualizar fenómenos jurídicos que son antagónicos totalmente, en la fuente de la obligación, en sus elementos estructurales y funcionales" (CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Obligación de compensar daños causados por conductas lícitas. Revista dos tribunais, São Paulo: RT, ano 85, v.726, p.11-33, abr. 1996).

⁶ Art.5º, V – "É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

Art.5º, X – "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Art.37, §6º. – "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

⁷ O Código Civil Brasileiro dispõe no art.927, parágrafo único. "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.56.

se conseguiu prescindir do elemento culpa. Ele próprio compreende a culpa como elemento intrínseco ao conceito de ato ilícito. No entanto, para justificar a responsabilidade civil objetiva, admite a figura da culpa em sentido amplo⁹ que alcança toda espécie de comportamento contrário ao direito, intencional ou não, imputável, por qualquer razão, ao causador do dano.

Cavallieri Filho¹⁰ se contrapõe, dizendo que, se a culpa, nos termos em que é colocada, integrar o conceito de ato ilícito; onde não houver culpa, não haverá ato ilícito. A presença da culpa para justificar a responsabilidade, dificultará segundo ele, a ocorrência da responsabilidade objetiva. Na tentativa de resguardar a relação entre responsabilidade civil e ato ilícito, opta por uma classificação, que abarca o *ato ilícito em sentido amplo* e o *ato ilícito em sentido estrito*¹¹. O ato ilícito em *sentido estrito* corresponde ao conjunto de pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, na qual a culpa é elemento intrínseco. Consiste no ato ilícito expresso no art. 186, CC/2002. Em *sentido amplo*, o ato ilícito reporta-se apenas à antijuridicidade do ato, sem qualquer referência ao elemento psicológico ou subjetivo do agente. O ato contrário à ordem jurídica mesmo sem a verificação da culpa ou dolo, pode ensejar a responsabilidade civil objetiva. Classificação semelhante já se achava em Castanheira Neves¹², que aludia a ilicitude formal e ilicitude material, sob a justificativa de que a dimensão da juridicidade do ato não se mensura tão somente na perspectiva da validade lógico-ideal, mas também em referência à validade jurídica concreta de fundamentação axiológico normativo.

Todos estes esforços se empreendem para manter a relação entre responsabilidade civil e ato ilícito, contribuindo para retirar a reparação do dano decorrente de ato lícito dos domínios da responsabilidade civil. Cavallieri¹³ defende a excepcionalidade da reparação de dano decorrente de ato lícito como matéria de reserva legal¹⁴.

⁹ O que já havia sido empreendido por Clóvis Beviláqua quando asseverava: “na culpa há, sempre, a violação de um dever preexistente. Se esse dever se funda em um contrato, a culpa é contractual; se no princípio geral do direito que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extra-contractual; ou aquiliana” (BEVILAQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Comentado por Clovis Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1936, v.1.p.419).

¹⁰ CAVALLIERI FILHO, Sérgio, op. cit., 2007, p.8.

¹¹ CAVALLIERI FILHO, Sérgio, op. cit., 2007, p.10.

¹² CASTANHEIRA NEVES, António. Questão-defato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967, v. 1.p.522 e segs.

¹³ CAVALLIERI FILHO, Sérgio, op. cit., 2007, p.9.

¹⁴ Exemplo marcante de responsabilidade por ato lícito tem-se no art. 188, do Código Civil Brasileiro:

“Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

[...]”

“Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem

A par das críticas formais apresentadas por autores de escol, importa não importa aos ditames da justiça o aprisionamento do direito às categorias, produto abstrato da razão, afinal o direito existe para a sociedade e deve acompanhar às suas demandas, movido por um largo e profundo sentimento de solidariedade social¹⁵. Na locução de Fachin¹⁶, “os sinos dobram para reconhecer o fim da concepção insular do ser humano e o liame indissociável entre Direito e crítica na releitura de estatutos fundamentais do Direito Privado”. Sugerem que o Direito está para além das molduras formais e abstratas, podendo sofrer críticas pela doutrina e pela jurisprudência, num contínuo processo autopoiético.

Aguiar Dias dispõe que “a obrigação civil decorrente da responsabilidade civil, se, sacrificados à tirania das palavras, quisermos guardar a significação rigorosa do termo, só pode ser entendida como consequência da conjugação destes elementos: imputabilidade mais capacidade. É disso que se aproveitam os partidários mais ardorosos da culpa, esquecidos de que, na verdade, já não é de responsabilidade civil que se trata, se bem que haja conveniência em conservar o *nomen juris*, imposto pela semântica: o problema transbordou desses limites. Trata-se, com efeito, da reparação do dano”¹⁷.

Para ele¹⁸ a questão foi tomada pela prática e hoje a indagação sobre a separação, pelos signos da teoria, dos institutos *responsabilidade civil* e *reparação de danos*, é tardia. Todos os casos de reparação do dano, agrade ou não o nome, são tratados por responsabilidade civil¹⁹. É bom ressaltar que o pano de fundo de suas afirmações mostrava a passagem da responsabilidade fundada na culpa para admissão da responsabilidade pautada no risco, balizada nos deveres de assistência, segurança e garantia etc.

Na era da solidariedade, defende-se a ampliação da reparação dos danos mesmo para além da culpa e/ou ilicitude. Cabe a indagação sobre os limites desta engenharia no âmbito da responsabilidade civil. Na resposta de Orlando Gomes²⁰, seria adequada a expansão, pois defende a responsabilidade objetiva por dano decorrente de ato lícito. Há autores²¹ que defendem o contrário, vislumbrando, neste momento, a emergência da reparação de dano como instituto autônomo, obrigação que impõe um dever primário.

culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).”

¹⁵ MARTINS, Pedro Baptista. O abuso do direito e o ato ilícito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p.12-13.

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.5-6.

¹⁷ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11.ed.. Atualização e comentários de Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.17.

¹⁸ *Ibid.*, p.23.

¹⁹ *Ibid.*, p.23.

²⁰ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. São Paulo: Forense, 1999, p.447.

²¹ CASTILLA, Ordoqui, op. cit., 1996.; CAVALLIERI FILHO, Sérgio, op. cit., 2007.

2 A JUSTIÇA SOCIAL NO DIREITO CIVIL E OS NOVOS DOMÍNIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

O ideal de justiça de que a lei deve ser instrumental pressupõe o modelo perfilhado pela sociedade por meio das normas constitucionais. Passada a fase do liberalismo econômico, com a imposição das realidades concretas ao formalismo puro, o Estado assumiu um papel intervencionista com a missão de defender a liberdade individual e de proteger os cidadãos nas suas condições materiais de vida. Assim,

o homem-indivíduo cede lugar para o homem-pessoa, pressuposto decisivo, valor fundamental e fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo, no qual tem de ser reconhecida uma esfera pessoal, de participação e decisão e, simultaneamente, uma esfera social, de solidariedade e corresponsabilidade²².

O direito civil está imbuído do ideal de justiça social, interferindo por meio de normas imperativas nas relações entre particulares, antes domínio exclusivo da autonomia da vontade. Neste contexto, ressaltam-se dois princípios básicos: o princípio da autonomia da vontade e o princípio da responsabilidade civil, cujos conteúdos se pressupõem mutuamente, na justificativa da responsabilidade.

Invocam-se os limites da liberdade individual em face do espírito de solidariedade que estabelece o “dever (geral) de não expor os outros a mais riscos ou perigos de dano, do que aqueles que são, em princípio, inevitáveis”²³. Este dever de prevenção do perigo não se esgota nas relações puramente contratuais. Veja-se o exemplo do Código de Defesa do Consumidor brasileiro que impõe aos fornecedores o dever geral de garantia de qualidade, a fim de por o consumidor a salvo dos riscos (art.8º.), proibindo-se, inclusive, o fornecimento de produtos e serviços excessivamente perigosos (art.10). O comando de cuidado que se afirmar na positivação da confiança não é confinado à proteção dos consumidores, estende-se a quaisquer cidadãos, haja vista que a própria lei equipara a vítima do evento danoso ao consumidor, para efeito da proteção que liberaliza. Impõe ainda o dever de evitar a falha perigosa identificada após o lançamento do produto no mercado se concretize, lançando mão do recall. Todas essas emanações de cuidado e zelo se espraiam na teoria da confiança²⁴, gerando deveres que, uma vez descumpridos podem suscitar a responsabilidade civil.

No afã de evitar a irressarcibilidade, o domínio de uns pela autonomia de outros, o princípio da autonomia privada tem sido alvo de profundas restrições. Este dirigismo que busca a equalização dos princípios da autonomia privada x

²² MONTEIRO, António Pinto, op. cit., 2003, p.39-40,

²³ VARELA, Antunes. Das obrigações em geral. Coimbra: Editora Coimbra, 1980, v.II, p.469.

²⁴ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. Teoria da confiança e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2001, p.352.

igualdade material x responsabilidade civil chega, segundo alguns autores²⁵, a ameaçar a própria existência do Direito Civil.

Estas preocupações sinalizaram para uma preocupação mais concreta no equilíbrio entre a autonomia privada x responsabilidade. De forma que, a tendência "expansionista e avassaladora do Estado na sociedade contemporânea vem desenvolvendo, atualmente, movimentos contrários, partindo da consciência de que há *troppo stato* para se afirmar a necessidade de libertação da sociedade civil e, mesmo de um urgente retorno ou redescoberta do direito privado"²⁶.

Mais do que uma redução quantitativa do espaço destinado à atuação particular, houve uma mudança de sentido no princípio da autonomia privada. Seus limites e restrições encontram justificativa na necessidade de defesa da própria autonomia privada, a fim de evitar que o exercício abusivo da autonomia de uns, importe na supressão da autonomia de outros.

3 OS NOVOS MECANISMOS DE REPARAÇÃO DOS DANOS NA SOCIEDADE DOS RISCOS

No plano específico da responsabilidade civil igualmente penetrou o espírito da socialização, haja vista as transformações ocorridas na sociedade. A culpa como pressuposto da responsabilidade representa uma aquisição histórica de importância intangível. Em um primeiro momento, a responsabilidade deixa de ser coletiva, objetiva e penal para assumir a feição individual, subjetiva e civil, culminando, nas codificações oitocentistas, com a consagração da cláusula geral que sobreleva o princípio da culpa como fundamento único da responsabilidade.

O princípio da culpa tinha um aspecto funcional em face dos postulados da doutrina econômica do *laissez-faire*. Parecia mais vantajoso para a economia industrial em expansão, descuidar das pessoas a sacrificar os interesses da empresa²⁷. Às empresas recaíam apenas os custos dos danos provocados por culpa ou dolo, pois doutra forma entravar-se-ia gravemente o processo de industrialização, que despontava, desestimulando-se o empreendimento de novas atividades e a utilização de novas máquinas, decorrentes do progresso econômico e social, por uma lado, mas suscetíveis de causar danos, independente de culpa, por outro.

Como cresceu o número de eventos danosos com o desenvolvimento industrial, a tecnologia passou a representar uma ameaça à sobrevivência. E o princípio de que *não há responsabilidade sem culpa* foi se revelando inadequado às novas circunstâncias sociais, pois figuraria em obstáculo ao ressarcimento.

Presentemente, os eventos danosos mudaram qualitativa e quantitativamente;

²⁵ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Revista dos tribunais, São Paulo: RT, ano 87, v.747, p.35-55, jan. 1998. e, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. Revista de direito do consumidor, São Paulo: RT, n..33, p.123-129, jan./mar. 2000.

²⁶ MONTEIRO, Antônio Pinto, op. cit., 2003, p.52-53.

²⁷ MONTEIRO, Antônio Pinto, op. cit., 2003, p.56.

a utilização de meios técnicos cada vez mais complexos e a organização de trabalho em grupo fizeram surgir os acidentes anônimos, dificultando ou impossibilitando a identificação do causador, muito mais ainda a culpa. As teorias do risco ganharam foros de cidadania, consagrando uma responsabilidade objetiva em largos e importantes setores que dispensa a culpa e até mesmo a ilicitude da conduta. Este alargamento da responsabilidade se faz numa segunda fase da revolução industrial, quando as empresas já poderiam suportar os riscos de sua atividade, sem a necessidade subsídio pelas próprias vítimas e/ou operários.

O avanço e a multiplicidade dos danos associados à consciência coletiva do direito à reparação, no presente estágio da sociedade industrial, também qualificada por sociedade de risco²⁸, conduzem ao processo de socialização da responsabilidade. Vive-se um mundo de ambivalência e de risco, onde a dúvida rodeia os diversos aspectos e domínios da existência humana²⁹. Segundo Beck³⁰, o paradigma da sociedade atual, está em questões sobre como evitar ou minimizar os riscos do avançado processo de modernização, repartindo-se os *efeitos secundários latentes*, de forma a não obstaculizar o processo de modernização nem permitir que tais efeitos ultrapassem os limites do suportável ecológico-social-médica e psicologicamente.

Tempera-se o princípio clássico da culpa com a admissão da responsabilidade pelo risco, passando a estruturação de um novo e importante mecanismo de ressarcimento: o seguro de responsabilidade. O lesante deixa de suportar individualmente a indenização, surgindo, em seu lugar, uma coletividade (a companhia de seguros), que toma a seu cargo a reparação dos danos decorrentes do risco da atividade. Mas a indenização passa a ser uma variável presente no cálculo das atividades, haja vista que o risco a elas é inerente. Assim, o seguro distribui os riscos pelo conjunto de segurados e até pelo conjunto do corpo social, uma vez que os prêmios a serem pagos pelos empresários são incorporados aos preços dos produtos, distribuindo-se os custos entre consumidores.

O seguro representa uma mutualização dos riscos, como meio de encarar os danos e evitar a paralisação das atividades. Representa um equilíbrio entre o direito ao ressarcimento e a preservação da atividade. Os seguros de responsabilidade têm

²⁸ De acordo com BECK, “na sociedade de risco, o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a auto-reflexão em relação às bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da ‘racionalidade’. No autoconceito da sociedade de risco, a sociedade torna-se reflexiva (no sentido mais restrito da palavra), o que significa dizer que ela se torna um tema e um problema para ela própria (BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott Tradução: Magda Lopes. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social. São Paulo: UNESP, p.21).

²⁹ FERNANDES, António Teixeira. Níveis de confiança e sociedade de risco. Comunicação apresentada ao Colóquio Internacional “Terrorismo e Ordem Mundial, realizado de 7 a 8 de abril de 2002, Universidade dos Açores. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/1494.pdf>>. Acesso em 27 mar. 2008.

³⁰ BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1998, p.26.

alcançado importância tal, que se tornaram de utilização compulsória em certos domínios de atividade, como no caso do seguro de automóvel. A própria assistência social, disposta a assegurar a sobrevivência àqueles que sofreram danos graves redundantes na sua incapacidade laboral temporária ou permanente informa uma outra modalidade de socialização da responsabilidade.

O processo de socialização da responsabilidade vai adiante, com a criação dos fundos de garantia, destinados ao ressarcimento do lesado quando o responsável é desconhecido, não segurado, ou quando verificada a falência da companhia seguradora, por exemplo. Constitui mais um mecanismo de reparação coletiva³¹, complementar à responsabilidade civil³².

Importa que o direito devolverá aos indivíduos a segurança perdida com a mecanização e a industrialização na sociedade, na qual o acidente é um acontecimento normal, cujos encargos passam à coletividade, como custos do progresso. Nesta ótica, a responsabilidade civil por danos relacionados ao risco da atividade será substituída por mecanismos mais eficazes de reparação social? Tais mecanismos serão tratados nos domínios da responsabilidade civil? Se a matéria alcança autonomia, seguirá o raciocínio de Ordoqui Castilla³³ que defende a necessidade de resguardar a responsabilidade civil na sua ambiência original, emancipando, em contrapartida, a obrigação de reparação de dano.

Monteiro³⁴ entende que a necessidade de reparação do lesado ocupa o centro das preocupações atuais, denunciando a insuficiência e inadequação das tradicionais regras da responsabilidade civil. Defende que até mesmo o Estado deve tomar a cargo os custos pelos riscos do progresso, numa tarefa de solidariedade humana que a um autêntico Estado-de-Direito-Social compete garantir. Do campo da responsabilidade civil se emancipariam apenas os casos em que, por razões de segurança humana, se impõem sistemas de reparação social mais eficazes e mais consentâneos com a natureza dos danos abrangidos.

³¹ Seria uma alternativa mais viável que aquela adotada pela Holanda, em julgamento de um caso paradigmático, que submetia pedido de reparação de danos para mulheres com câncer urogenital, cujas mães ingeriram a droga diethylstilbestrol (DES) no período gestacional. Isto porque pesquisadores associaram o uso de tal substância por mulheres grávidas para evitar o parto prematuro, como importante fator na formação de câncer urogenital em meninas, frutos daquelas gestações. Como os autores não puderam individualizar as empresas farmacêuticas que efetivamente comercializaram o produto na época, apresentaram o conjunto das companhias que possivelmente haviam fabricado o remédio. A Suprema Corte Holandesa condenou à responsabilidade solidária todas as companhias que, no período em questão, haviam posto o produto em circulação (PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. Os confins da responsabilidade civil objetiva nos horizontes da sociedade de risco. Almejando a permanente certeza na contingência das improbabilidades. Revista de informação legislativa, Brasília: Senado Federal, v. 43, n.170, abr/jun. 2006, p.181-189, p.186 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_170/R170-12.pdf >. Acesso em: 18 mar. 2008).

³² MONTEIRO, António Pinto, op. cit., 2003, p.60.

³³ CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Obligacion de compensar daños causados por conductas lícitas. Revista dos tribunais., São Paulo: RT, ano 85, v.726, abr.1996, p.11-23.

³⁴ MONTEIRO, António Pinto, op. cit., 2003, p.62.

Não se trata do fim da responsabilidade civil. Embora autores como Castilla³⁵ pretendem restituir à responsabilidade civil a sua *pureza sancionatória* enquanto instituto de reparação de danos ético-juridicamente imputáveis ao lesante. Defende-se que há de se manter a responsabilidade objetiva, fundada no risco, especialmente em face dos deveres gerais das cláusulas socializantes do direito privado contemporâneo. Também mantem-se a responsabilidade subjetiva, em face da culpa e dolo. Ainda que se permitam, a contratação de seguros de responsabilidade pelo industrial/comerciante, relativamente aos riscos esperados e incertos. Na fronteira, criam-se os mecanismos paralelos de ressarcimento, como os fundos diversos a fim de encarar os danos anônimos, para as hipóteses de falência das companhias de seguros, de falência das empresas e ausência de patrimônio dos sócios.

Mas será difícil contraditar a prática que a toda reparação de dano vê como responsabilidade civil. É inócuo o debate sobre a fronteira entre reparação de dano e responsabilidade civil, seguindo critérios teórico-formais. Associa-se ao pensamento de Aguiar Dias³⁶, para quem o instituto da responsabilidade civil deve acompanhar a evolução e transformações da civilização, com flexibilidade suficiente para oferecer as respostas adequadas às demandas e condições da época.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise desenvolvida e considerando as indagações anteriormente formuladas, conclui-se que:

A responsabilidade civil sofreu alterações profundas a ponto de dividir a doutrina. Há os que defendem a emancipação da matéria da reparação de danos, na medida em que essa não se comportar como obrigação sucessiva decorrente da violação de dever primário. Ou seja, quando o dano é derivado do exercício de um direito, da prática de ato lícito, por exemplo. E há os que entendem que a matéria da responsabilidade civil cresceu, compreendendo toda a seara de reparação de danos. Opina-se em favor destes que são indiferentes ao *nome juris*, apostando que a prática fez por valer o alargamento da responsabilidade civil.

No atual estágio da sociedade industrial, também designada por sociedade de riscos, sociedade das incertezas, exsurge a idéia de socialização dos riscos entre os que se beneficiários diretos e indiretos da atividade. Seriam beneficiários indiretos, a coletividade e até mesmo o Estado, todos aqueles que além de expostos aos efeitos negativos do progresso, também tem alterações positivas em sua qualidade de vida. Os avanços do progresso e da tecnologia resultam dos empreendimentos sobre sítios desconhecidos, cujos efeitos nem sempre se podem dominar integralmente. Implicam, contraditoriamente, na otimização da qualidade de vida e na ameaça de surgimento de riscos.

A responsabilidade coletiva, da qual o seguro de responsabilidade é

³⁵ CASTILLA, Gustavo Ordoqui, op. cit., 1996, p.11-23.

³⁶ DIAS, José de Aguiar, op. cit., 2006.

uma modalidade, se apresenta como uma alternativa para equacionar a relação entre autonomia privada e ressarcimento efetivo, reduzindo o encargo que sobrecarregaria apenas a iniciativa privada.

O instituto da responsabilidade civil deve ser flexível para se adaptar às transformações da civilização, e oferecer os instrumentos necessários a restabelecer o equilíbrio desfeito pelo dano compatíveis às técnicas, conquistas, gêneros de atividade de cada época e lugar.

A par da responsabilidade civil em sua concepção tradicional, pautada na culpa e independentemente da responsabilidade pelo risco calculado, na qual o ônus recai sobre quem tem o bônus da atividade, avizinham-se novas alternativas que demandam pela socialização dos riscos imprecisos (secundários e indeterminados), como os seguros de responsabilidade e outras alternativas eficientes ao ressarcimento, a exemplo dos fundos de responsabilidade, a fim de evitar eventual possibilidade de irressarcimento das vítimas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O direito pós-moderno e a codificação*. Revista de direito do consumidor, São Paulo: RT, no.33, p.123-129, jan./mar. 2000.

_____. *O direito civil tende a desaparecer?* Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, ano 92, v.811, p.753-760, maio 2003.

BECH, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1998.

_____. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social*. Tradução: Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Comentado por Clovis Bevilacqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1936.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*. Coimbra: Almedina, 1967.v. 1.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Obligacion de compensar daños causados por conductas lícitas*. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, ano 85, v.726, p.11-23, abr. 1996.

CAVALLIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil 11. ed.* (atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. São Paulo: Vega, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FERNANDES, António Teixeira. Níveis de confiança e sociedade de risco. Comunicação apresentada ao Colóquio Internacional "Terrorismo e Ordem Mundial. Realizado de 7 a 8 de abril de 2002, Universidade dos Açores. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/1494.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2008.
- FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- GIDDENS, Antony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.
- GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 87, v.747, p.35-55, jan. 1998.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. São Paulo: Forense, 1999.
- MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.
- MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. *Os confins da responsabilidade civil objetiva nos horizontes da sociedade de risco. Almejando a permanente certeza na contingência das improbabilidades*. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Senado Federal, v.43, n.170, p.181-189, abr./jun.2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_170/R170-12.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Editora Coimbra, 1980.v II.



O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA E A MINIRREFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSUAL PENAL

Nestor Eduardo Araruna Santiago^{1}*

RESUMO

As Leis n. 11.689, 11.690 e 11.718, promulgadas em junho de 2008 promoveram alterações no Código de Processo Penal. Por meio de uma análise geral, procura-se estabelecer uma linha de orientação para a realização destas modificações, e ela somente pode ser constatada se observada sob o prisma do princípio da duração razoável do processo. Neste estudo, também deve ser levado em consideração o princípio da eficiência, que, embora esteja previsto para a Administração Pública em geral, aplica-se convenientemente ao processo penal, devendo servir de mola propulsora para o processo hermenêutico das inovações trazidas ao Código de Processo Penal.

Palavras-chave

Constituição Federal. Código de Processo Penal. Minirreforma. Devido processo penal. Duração razoável do processo. Princípio da eficiência.

ABSTRACT

Statutes 11.689, 11.690 and 11.718, enacted in July 2008, changed the Criminal Procedure Code. Through a general assessment of such shifts, the author endeavours to determine the guidelines used at the amendment of the aforementioned Code, finding out that such guidelines can only be found if assessed under the principle of the reasonable duration of proceedings. The paper also takes into account the principle of efficiency which, albeit aimed at public administration in general, can as well find applicability in criminal procedure, being able to be used as a main legal hermeneutics instrument suitable for the interpretation of the changes brought about by the new Criminal Procedure Code.

KEYWORD

Federal Constitution. Criminal Procedure Code. Amendment. Due process of law. Reasonable duration of proceedings. Principle of efficiency.

¹ Doutor em Direito Tributário, Mestre e Especialista em Ciências Penais (UFMG). Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC), na Graduação e no Mestrado. Professor da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor do Mestrado em Direito da Universidade Potiguar (UnP – em implantação). Coordenador dos Cursos de Especialização da FESAC (Fundação Escola Superior de Advocacia - OAB/CE). Assessor Jurídico do Corregedor Geral da Justiça do Estado do Ceará (TJCE). E-mail: nestoreasantiago@gmail.com

A Constituição Federal (CF), por possuir comandos que conformam o modelo de Estado, tem um grau de abstratividade e normatização infinitamente superior a qualquer outra espécie normativa. Embora esta afirmativa seja óbvia, conhecida pelos operadores do Direito e acadêmicos desde as primeiras lições de Introdução ao Estudo do Direito, sempre é necessário invocá-la, mormente quando o propósito se constitui na modificação de textos infraconstitucionais, independentemente da profundidade e da repercussão desejadas. Ou seja, o paradigma a ser utilizado é evidentemente constitucional, pois sem ele fica difícil se ter a compreensão do todo.

Há tempos se discute uma reforma menos perfunctória do Código de Processo Penal (CPP). Nascido em 1941, durante o Estado Novo, e outorgado à sombra da “Constituição Polaca” (1937), reflete o espírito totalitário daquela época, ampliando os poderes do Estado na persecução penal e restringindo diversos direitos do acusado.² Embora pareça contraditório com a afirmação supra, a estrutura axiológica do texto constitucional permite uma compreensão mais consentânea do texto do CPP sem que haja a premente necessidade de se recorrer a uma reforma mais profunda a todo momento.³

Em termos de persecução penal, este referencial valorativo pode ser reduzido a três princípios - que ora se convencionam chamar vetores axiológicos processuais-penais: i) princípio da dignidade da pessoa humana, orientador de todo o processo elaborativo e hermenêutico da CF e de toda a legislação infraconstitucional; ii) princípio do devido processo penal, constituído por todos os direitos fundamentais insculpidos no art. 5º., CF que tenham ligação direta ou indireta com a tutela do direito à liberdade; e iii) princípio da proporcionalidade, que também ressalta sua importância, notadamente na aplicação prática do processo penal aos casos penais concretos.

Desta feita, toda e qualquer regra constante do cabedal processual-penal de natureza infraconstitucional – que não é insignificante -, deverá, obrigatoriamente, submeter-se ao crivo de aceitação dos três vetores axiológicos

² Como lembra OLIVEIRA (2007), “o princípio fundamental que norteava o CPP era (...) o da presunção de culpabilidade. Manzini, penalista italiano que ainda goza de grande prestígio entre nós, ria-se daqueles que pregavam a presunção de inocência, apontando uma suposta inconsistência lógica no raciocínio, pois, dizia ele, como justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente?” E continua: “Por isso é muito importante identificar as linhas teóricas da legislação de 1941, para reconhecer sua vigência, ou não, diante da ordem constitucional que lhe foi subsequente. Não só porque uma seja, do ponto de vista normativo, hierarquicamente superior a outra, como ocorre entre a norma constitucional e a legislação ordinária, mas, sobretudo, porque com a identificação da realidade histórica em que foram produzidos os respectivos textos se poderá entender melhor as inúmeras incompatibilidades encontradas entre ambos.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5-6.)

³ Mas, como o apego à lei – em sentido estrito – no Brasil é uma questão cultural, qualquer modificação legislativa que evidencie os princípios constitucionais é sempre bem vinda.

acima mencionados. Portanto, eles se colocam como regras hermenêuticas para a compreensão da legislação processual-penal, numa interpretação conforme a constituição.⁴

Há que se mencionar que, apesar de a doutrina tradicional se referir à lei em sentido lato como fonte formal imediata do Direito Processual Penal, é inegável que o texto constitucional, mormente o que regula, de forma auto-aplicável, o direito à liberdade, é também considerada fonte formal imediata do processo penal, ante sua inafastável aplicabilidade aos casos concretos por meio dos princípios. Além disso, observe-se que, em vários momentos, o legislador constituinte incorporou regras próprias de processo penal nos incisos do artigo 5º.: cite-se, por exemplo, a necessidade de contato com a família e o advogado, no caso de réu preso (LXII e LXIII); bem como a inadmissibilidade de se manter alguém preso quando couber liberdade provisória, com ou sem fiança (LXVI).

Assim, o único rumo a ser seguido, como forma de validação de uma regra infraconstitucional, é submetê-la ao crivo do texto constitucional. E, de forma mais específica, verificar sua eficácia ante à luz dos três vetores axiológicos, legitimando sua aplicação ao caso penal *in concreto*. Costuma-se chamar este processo de validação de filtragem constitucional, ou, mais rasteiramente, mas de forma não menos didática, de *peneira constitucional*.

Observa-se, desta forma, que as normas contidas no CPP somente alcançam sua validade se forem devidamente *peneiradas*. É sempre importante lembrar que a pena somente se aplica por meio do processo penal (*nulla poena sine iudicio*), e que, para que a aplicação da referida sanção seja legítima, é necessário que todo o procedimento atinente ao devido processo legal tenha sido respeitado.

É deveras importante realçar, ainda, o aspecto que dá coesão à interpretação do processo penal: trata-se da adoção ilimitada do sistema acusatório. Por este sistema, fixam-se os papéis dos atores processuais, em especial o do juiz (NUCCI, 2005), que, então, responsabiliza-se pelo controle do devido processo legal tanto substantivo quanto processual. Assim, a adoção deliberada do sistema acusatório pela CF, ainda que a legislação infraconstitucional guarde laivos de inquisitorialidade, reforça a idéia de um devido processo legal que, aplicado ao processo penal, convencionou-se chamar de *devido processo penal* (SUANNES, 2001).⁵

Como bem ensina Grinover,

⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

⁵ Para nós, o devido processo penal pode ser conceituado como a aplicação do princípio do devido processo legal ao caso concreto, com a observância dos direitos fundamentais de natureza penal e processual-penal, que conformam a utilização da legislação processual-penal, em conexão com o sistema acusatório.

[...] a poderosa tendência do processo penal contemporâneo caracteriza-se pela estrutura típica do modelo acusatório. Perfeitamente delineadas as funções do juiz, da acusação e da defesa (o que importa na abolição dos juizados de instrução), todo o processo se publiciza, condensa-se e concentra-se, ganhando em eficiência e exigindo a participação constante do juiz e das partes, na plena observância do princípio do contraditório e das garantias constitucionais.⁶

E neste espírito de concretização do devido processo penal, as Leis n. 11.689, 11.690 e 11.719 foram publicadas no Diário Oficial em junho de 2008, com *vacatio legis* de 60 dias, produzindo modificações severas na sistemática processual-penal, notadamente pelo fato de que, abertamente, abraçam o sistema acusatório.⁷ Isso se dá em razão de a *minirreforma* – será chamada assim, neste texto – ter um foco concentrado nos direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º., CF.

Oriunda de anteprojetos encabeçados por membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual, capitaneados pela Professora Ada Pellegrini Grinover, além de outros autores e professores de processo penal, observa-se um fio condutor da minirreforma: a observância ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º., LXXVIII, CF).

Este princípio foi inserido no texto da CF no bojo da Emenda Constitucional n. 45, 8 de dezembro de 2004 (EC 45), agregando-o aos direitos e garantias fundamentais. Torna-se, assim, uma derivação do devido processo legal e, por derivação, do devido processo penal:⁸ é inadmissível que o provimento jurisdicional seja demorado, pois, como já se disse, justiça tardia é injustiça.

Os tempos de hoje são o da velocidade - *dromos*, em grego. Há quem diga

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Introdução – a reforma do processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 9., n. 33, jan./mar. 2001, p. 305-306.

⁷ Exceção “honrosa” seja feita ao inciso I do art. 156, que dá poderes de ofício para o juiz realizar coleta de provas antes do início da ação penal. Por aqui não ser o foro adequado para a discussão do tema, deixa-se somente esta nota de “protesto”.

⁸ Neste sentido, Scarance Fernandes lembra que a adequação do prazo à atividade desenvolvida pela parte é muito importante, notadamente em relação ao acusado, “para que realize a ampla defesa que lhe é assegurada constitucionalmente. Não é qualquer prazo, mas um prazo condizente com a necessidade da atividade a ser realizada.” (Processo penal constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 109). Assim, ainda que exista o prazo, se ele for deveras exíguo, prejudicando a atividade processual, não são razoáveis, e, portanto, não são recepcionados pela Constituição. A título de exemplo, vide os antigos prazos constantes nos artigos 500, 501 e 502, que prejudicavam sobremaneira a defesa, ao impor-lhe o prazo de 3 dias, que corria em Secretaria, para que as alegações finais pudessem ser apresentadas. E se houvesse mais de um acusado, com defensores diferentes ou não, o prazo era comum.

que vivemos em uma *dromocracia*, e não numa democracia. E este sentimento de pressa, de velocidade, reflete no texto constitucional e também na legislação infraconstitucional.

Todavia, a origem do princípio antecede esta inserção normativa no texto constitucional. A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), da qual o Brasil é signatário, data de 1969. Dentre as garantias judiciais, prevê-se no item 8.1 que

toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.⁹

Badaró assevera que referido princípio deve ser analisado sob três aspectos, devidamente concatenados, observando o prazo razoável e afastando as dilações indevidas: i) o direito ao processo; ii) o direito a um processo penal; iii) o direito ao desencarceramento do acusado.¹⁰ Assim, o direito a um processo em tempo razoável remete, inegavelmente, ao princípio da razoabilidade, a ser aplicável tanto ao acusado solto como ao acusado preso.

Dezem e Diniz Junqueira, por sua vez, narrando famoso caso ocorrido na Alemanha em 1968 e julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, rememoram que referido tribunal fixou a doutrina dos três critérios que devem ser considerados para a verificação da indevida duração do processo: i) complexidade do caso; ii) conduta processual do acusado; iii) conduta das autoridades judiciárias.¹¹

Independentemente de qualquer discussão acerca de prazos – até mesmo porque a norma referente à duração razoável do processo é auto-aplicável, independente de regulamentação -, reconhece-se nitidamente que o legislador

⁹ Lembra Marcellus Polastri Lima que, apesar desta previsão de natureza tratadística, não se dava a devida importância ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência (Manual de processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 26.). Entretanto, a partir do julgamento no STF do HC 91.361, Pleno, tendo como Relator o Min. Celso de Mello, em que se discutia a validade das cláusulas legais acerca da prisão do depositário infiel, decidiu-se por maioria de votos que, embora as normas previstas na CADH estejam em grau de suprallegalidade (HC 87.585, Rel. Min. Marco Aurélio, informativo STF n. 531), “o Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs”.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, t. I, p. 27.

¹¹ DEZEM, Guilherme Madeira; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Prazo para encerramento do procedimento. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 16, n. 188, jul. 2008, p. 29.

constituente, ao albergar a regra relativa ao devido processo penal em tempo razoável, o fez tendo em mira a própria satisfação da sociedade em ter um Poder Judiciário célere e diligente, tudo para resguardar o espírito modificador da referida EC 45, que criou, também, o Conselho Nacional de Justiça e procurou diminuir, ainda, o número de recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da cláusula de repercussão geral.

Desta forma, as modificações legislativas produzidas pelas leis em comento prometem trazer significativas mudanças no dia-a-dia forense, mormente porque foram elaboradas com o espírito de desburocratização e aceleração dos processos judiciais, mas sem abrir mão dos princípios constitucionais já consagrados e reforçando ainda mais a adesão ao sistema acusatório, como anteriormente frisado.

Em outras palavras, com a minirreforma, o legislador desejou a aplicação expressa do *princípio da eficiência* ao processo penal. Como lembra Carvalho Filho (2009, p. 28), com a aplicação do referido princípio, inscrito no *caput* do art. 37 da CF como um dos cânones da Administração Pública, busca-se a produtividade e economicidade, reduzindo os desperdícios de dinheiro público, impondo-se a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Lembra ainda o autor que há uma relação umbilical entre o princípio da eficiência e o princípio da duração razoável do processo. E ressalta: “não basta, porém, a inclusão de novo mandamento; urge que outras medidas sejam adotadas, em leis e regulamentos, para que a disposição possa vir a ter densa efetividade” (p. 29).

Entretanto, cabe aqui um alerta: a adoção de regras que busquem a celeridade do processo e, por consequência, visem a aplicação legal do princípio da eficiência, não podem perder de vista o devido processo penal, notadamente no que tange aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sob pena de buscar uma “justiça” a qualquer preço, pois a compreensão dos princípios constitucionais dá-se dentro de uma concepção de um sistema harmônico e coeso.¹² Mendes et al. (2009, p. 884) lembra que nos estados cartoriais, como o nosso, o princípio da eficiência é um brado de alerta contra os vícios da máquina administrativa, que procura privilegiar os meios em sacrifício dos fins. Portanto, há que se buscar um equilíbrio saudável, sem privilégio dos fins, nem dos meios; em outras palavras, a proporcionalidade como princípio. Este parâmetro deve ser seguido como forma de estabelecer um conceito do princípio da eficiência, tarefa que nem os doutrinadores de processo penal e os administrativistas conseguiram se desincumbir até o presente momento.

Observe-se, por exemplo, as Leis n. 11.689/08 e 11.719/08. Ambas trouxeram as mudanças desejadas pelos operadores do direito no tocante aos procedimentos do Tribunal do Júri e os procedimentos relativos aos crimes

¹² Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/99. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 194.

punidos com reclusão e detenção, tornando-os mais céleres e próximos de uma eficiência máxima, sem abrir mão do contraditório e da ampla defesa. Na sistemática procedimental revogada, após o recebimento da denúncia sem prévio contraditório, havia uma audiência para interrogatório do acusado, outra audiência para oitiva das testemunhas de acusação e outra para oitiva das de defesa. Os prazos para realização destes atos processuais eram diferenciados, conforme o acusado estivesse preso ou em liberdade.

Com as modificações, a audiência passa a ser uma, de instrução e julgamento – a conhecida AIJ do Código de Processo Civil -, que é designada tão logo seja recebida a denúncia após prévio contraditório, em que o juiz, após oferecida a denúncia pelo Ministério Público, determina a citação do acusado para produzir manifestação escrita. Nesta AIJ, serão ouvidas: i) a vítima, que pode até mesmo ser conduzida coercitivamente, numa homenagem ao princípio da verdade processual; ii) as testemunhas de acusação e de defesa, cujo rol já foi anteriormente produzido nas manifestações escritas iniciais; iii) os peritos, mediante requerimento antecipado; iv) por último, o acusado, consagrando-se a tese de que o interrogatório é meio de defesa, num evidente reforço ao princípio da ampla defesa. Após, não havendo diligências complementares que tenham o condão de suspender a AIJ, serão realizados os debates orais, e, logo depois, o juiz deverá proferir sentença em audiência, com a intimação imediata dos sujeitos processuais. Se a causa for complexa, ou havendo necessidade de realização das referidas diligências probatórias complementares, a decisão será proferida em até 10 dias. Entretanto, por uma questão de coerência, se houve debates orais, a sentença também deverá ser proferida oralmente.¹³

Mas o juiz pode, em caráter liminar, realizando juízo prévio de admissibilidade, indeferir a petição inicial, caso seja inepta, faltar justa causa, condição para o exercício da ação penal ou pressuposto processual. Assim, evita a instauração indevida do processo penal, julgando-se antecipadamente o processo – e não a lide -, decidindo-se desde já pela inviabilidade da acusação - à símile do que ocorria no revogado art. 43, CPP. Concretiza-se, portanto, o princípio da duração razoável do processo, tornando eficaz a prestação jurisdicional, sem trâmites indevidos e dilatados.

Independentemente dos prazos assinalados nas referidas leis – 30, 60 ou 90 dias -, o importante é que a celeridade processual passou a ser a tônica, com

¹³ Entretanto, algumas observações são pertinentes: i) a falta de uma testemunha à AIJ não impede a oitiva das demais presentes, não podendo as de defesa serem ouvidas antes das de acusação, salvo expressa concordância das partes; ii) quando ouvidas por carta precatória, não há obrigatoriedade de as testemunhas de acusação serem ouvidas antes das de defesa, nos termos do disposto nos artigos 400 e 531 do CPP; iii) o alcance da ressalva à ordem legal dos atos da audiência não inclui o interrogatório que, sendo excepcionalmente deprecado, acarretará sendo a suspensão da audiência ao final da oitiva das testemunhas. (Conclusões do Workshop realizado nos dias 18 e 19 de agosto de 2008 em Porto Alegre/RS pela Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região). De qualquer forma, a eficiência, como princípio constitucionalmente consagrado, é que norteia estes pequenos desvios, em prol do devido processo penal.

a consagração, também, de um importante princípio: o da identidade física do juiz. Embora consagrado pela processualística civil, sua adequação ao Direito Processual Penal é muito mais evidente e necessário: vale lembrar que o juiz que possui amplo conhecimento do caso penal, porque participou ativamente da produção probatória tem melhor conhecimento da verdade processual. E é justamente esta verdade processual que levará a um estado de certeza jurídica, de efeitos devastadores tanto na vida do acusado como na comunidade em geral, pois coloca em risco a liberdade do imputado.

No tocante ao Tribunal do Júri, passou-se a observar o prazo de 6 (seis) meses, contados a partir da decisão de pronúncia ou da sua decisão confirmatória, para a realização da sessão de julgamento, desde que comprovado o excesso de serviço, evitando-se, assim, a procrastinação indevida dos feitos, bem como o excesso de prazo na prisão decorrente da decisão de pronúncia, que passou a ter caráter inegavelmente cautelar. Por outro lado, previu-se também que as diligências requeridas em favor da defesa, bem como os incidentes e adiamentos que a ela interessarem, não entrarão no cômputo do prazo de 6 meses. Aliás, a previsão expressa desta regra provém de uma consolidação jurisprudencial a respeito do tema, mormente no Superior Tribunal de Justiça.

Outra novidade a ser destacada é a extinção do recurso de protesto por novo júri, que garantia ao acusado o direito quase que automático de realização de um novo julgamento pelo Tribunal do Júri sempre que sua condenação excedesse a 20 anos de prisão e desde que não fosse caracterizado o concurso material de infrações. Com a supressão desse recurso, evita-se a duplicidade injustificável de julgamentos pelo mesmo fato, responsável pela longa duração desses processos. Por outro lado, suprime-se ao acusado a possibilidade de contestar eventual erro por parte do Conselho de Sentença, formado por pessoas do povo nem sempre conhecedoras das peculiaridades do direito e de suas técnicas interpretativas e que, por isso, formam seu convencimento de forma íntima, sem ter que justificar suas decisões.¹⁴

Contudo, o legislador perdeu excelente oportunidade de aprofundar a experiência prática do princípio da duração razoável do processo em não revogar o recurso em sentido estrito da decisão que pronuncia o acusado, pois, sabidamente, há um atraso considerável no julgamento do caso penal posto perante o Tribunal do Júri com esta previsão recursal.

Aproveitando-se da *práxis* do Direito Processual Civil, o legislador optou por bem transplantar para o Direito Processual Penal a citação por hora certa, preocupando-se nitidamente não só com o princípio da duração razoável do

¹⁴ Neste particular, merece atenção a reflexão de Paulo Rangel a respeito da revogação do recurso de protesto por novo júri. Para ele, referida revogação somente poderá produzir efeitos para os crimes ocorridos a partir da vigência da lei que o revogou, pois “as regras dos artigos 607 e 608 revogadas são de Direito Processual Penal material. Envolve pena e o direito amplo de defesa”. (RANGEL, Paulo. O princípio da irretroatividade da lei processual penal material como garantia fundamental. Boletim IBCCrim, ano 16, n. 188, jul. 2008, p. 4.)

processo, mas também com os princípios do contraditório e da ampla defesa. Assim, se o acusado se ocultar para não ser citado, assim sendo certificado pelo Oficial de Justiça, caberá o referido ato de chamamento processual.

Há ainda que se mencionar que a Lei n. 11.690, demonstrando a preocupação do Legislativo com a demora processual causada por formalidades inúteis e desvantajosas, trouxe alterações na gestão da prova processual. Foi abolida técnica processual em que o defensor perguntava ao juiz e ele, por sua vez, perguntava à testemunha; agora, a inquirição é direta, feita pelas partes, com a interferência do juiz somente para evitar as perguntas impertinentes ou que induzam à resposta, adotando-se abertamente a *inquirição direta*. Inegável é o ganho de tempo, notadamente pelo fato que, agora, a instrução processual é feita em AIJ.

A fim de ganhar tempo e evitar gastos desnecessários com impressões e cópias, houve também a preocupação em adequar o processo penal às modernidades tecnológicas, cujas criações têm o nítido interesse em proporcionar conforto, bem-estar e ganho de tempo, levando a efeito a máxima do mundo capitalista: *time is money*. Desta forma, sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.¹⁵

Também, nesta linha de pensamento em torno da eficiência no processo penal, a Lei n. 11.690/08, adequando-se à praxe judiciária,¹⁶ passou a exigir a presença de somente um perito oficial, com possibilidade de nomeação de mais de um perito, no caso de perícia complexa. Entretanto, ainda de olho no princípio da eficiência, exige que o perito oficial tenha curso superior, mas assegura o exercício do cargo aos que entraram no serviço público antes da vigência da lei, com exceção dos médicos. (art. 2º., Lei n. 11.690/08).

Por fim, a Lei n. 11.690/08 reservou espaço maior ao ofendido dentro do processo penal, buscando que a eficácia das medidas nele tomadas alcancem também a vítima do crime, ou seus herdeiros. A comunicação dos atos processuais, por carta ou *e-mail*, mesmo que o ofendido não esteja habilitado como assistente do Ministério Público, faz com que ele tenha participação indireta no processo, pois ele é informado acerca do ingresso e saída do acusado

¹⁵ Entretanto, recomenda-se que a dispensa dos registros escritos somente seja feita se houver a gravação de áudio e vídeo, em qualquer formato, analógico ou digital. O registro dos debates orais deverá ser feito por qualquer meio, ainda que sinteticamente. (Conclusões do Workshop realizado nos dias 18 e 19 de agosto de 2008 em Porto Alegre/RS pela Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região). Contudo, os custos da implantação deste registro não pode ser de responsabilidade do Juízo, suprindo eventual deficiência do estado no fornecimento de recursos materiais necessários para a correta e expedita prestação jurisdicional.

¹⁶ “A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal tem entendido pela validade do laudo assinado por apenas um perito, quando cuidar-se de profissional oficial. Precedentes do STJ e do STF”. (STJ. REsp 890.515/ES. 5ª. T. Rel. Min. Gilson Dipp. DJ 04/06/07, p. 423.)

da prisão provisória; da designação de data para audiência; bem como da sentença e demais decisões colegiadas.

Apesar da brevidade com que o assunto foi tratado – e muitos aspectos não foram revelados, porque merecem tratamento específico -, é importante destacar que, com a promulgação das Leis n. 11.689, 11.690 e 11.719, o sistema judicial passa a contar com instrumentos mais aptos para o enfrentamento da morosidade processual e da eficiência processual em sentido amplo.

Na área da persecução penal, este aparelhamento significa possibilitar maior capacidade de combate ao delito e, ao mesmo tempo, maior respeito ao cidadão que está sofrendo a imputação acusatória estatal, sem ceder à retórica simplista, cartesiana, apaixonada e pontual do aumento da repressão penal por meio de sanções mais graves e forma de execução de pena mais rigorosa, que muitas vezes direciona o debate político-legislativo-criminal, distorcendo o foco garantista que deve norteá-lo.

Ademais, deve-se lembrar que o direito penal, assim como o processo penal, não são panacéia para os males que assolam a civilização brasileira contemporânea; de outra via, também não podem criar embaraços e obstáculos para a boa realização da justiça no caso concreto, como determina o princípio da eficiência na administração pública.

Em conclusão, a interpretação das leis que modificaram o CPP – e as que estão por vir – deve ser feita conforme a Constituição; de forma mais específica, em observância dos vetores axiológicos fundamentais, observando-se a devida proporcionalidade entre o princípio da eficiência e os princípios atinentes ao devido processo penal e a dignidade da pessoa humana, pois “não há cumprimento ao princípio da eficiência que pressuponha ou autorize menosprezo aos demais cânones constitucionais”.¹⁷

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, t. I.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DEZEM, Guilherme Madeira; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Prazo para encerramento do procedimento. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 16, n. 188, jul. 2008, p. 29.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Introdução – a reforma do processo penal. *Re*

¹⁷ MOREIRA, op. cit., p. 193.

vista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 9., n. 33, p. 305-312, jan./mar. 2001.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/99*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOURA, Maria Theresa Rocha de Assis (Org.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RANGEL, Paulo. O princípio da irretroatividade da lei processual penal material como garantia fundamental. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 16, n. 188, jul. 2008, p. 4.

SOUZA, José Barcelos de. Novas leis de processo: inquirição direta de testemunhas, identidade física do juiz. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 16, n. 188, jul. 2008, p. 14-16.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



UMA ANÁLISE DOS MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO À NOVA HERMENÊUTICA: OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO DIRETRIZES

Priscila Dalla Porta Niederauer Cantarelli¹

RESUMO

Analisando os métodos clássicos de interpretação constitucional é possível perceber a influência que sofrem da sociedade a qual são contemporâneos, principalmente pela característica de ser resultado de uma operação intelectual, com objetivo de garantir a segurança jurídica às relações. No entanto, com o passar dos tempos e brotando novas necessidades sociais, nasceu a nova hermenêutica constitucional, baseada na transcendência a simples interpretação do texto, mas levando em consideração todo o ordenamento constitucional, e também a sociedade em que se vive, trazendo assim, a possibilidade de uma interpretação aberta, com alargamento do rol de intérpretes, diferente do que a acontece com os processos hermenêuticos tradicionais.

Palavras-chave

métodos. interpretação constitucional. princípios.

RIASSUNTO

Guardando i metodi tradizionali di interpretazione costituzionale è possibile realizzare l'influenza che hanno nella società contemporanea, che sono, in particolare la caratteristica di essere il risultato di una operazione intellettuale, al fine di garantire la certezza giuridica delle relazioni. Tuttavia, con il passare del tempo e della germinazione nuovi bisogni sociali, è nato il nuovo costituzionale ermeneutica, trascendenza basa sulla semplice interpretazione del testo, ma tenendo conto delle norme costituzionali, e anche la società in cui vivono, portando la possibilità di interpretazione aperta, con l'ampliamento del ruolo di interpreti, ad eccezione del caso con i tradizionali processi di ermeneutica.

Palore chiave

metodi. interpretazione costituzionale. principi.

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Integrante do grupo de pesquisa em Direitos Humanos da UNISC. priscila_dalla@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A interpretação Constitucional é um fenômeno que sofre diversas influências, tanto do contexto social, a posição do intérprete e a metodologia jurídica. Os métodos clássicos de interpretação datam da escola de Savigny, fundador da Escola Histórica do Direito, que distinguiu os métodos gramatical, sistemático, histórico e após acrescentado o teleológico.

Esta interpretação clássica se calcava na lei aplicada ao caso concreto e, portanto era certa e justa, o ato interpretativo tomava a feição de uma exclusiva operação intelectual, estava fundada na necessidade existente em qualquer ordenamento jurídico de oferecer segurança.

Nesta ceara se dá o aparecimento das novas técnicas de interpretação constitucional com base no fato de que cada disposição legal deve ser considerada no todo da ordem constitucional vigente, e não ficar restrita ao âmbito do conjunto das disposições da mesma lei, sendo necessário um olhar sistêmico.

Portanto, esse novo meio de interpretação, chega-se a amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas. Compreende a norma jurídica como algo mais que o texto de uma regra normativa. Assim, a interpretação ou concretização transcende a interpretação do texto, diferente do que acontece com os processos hermenêuticos tradicionais.

Resultantes da democratização do processo de interpretativo, pois não está mais vinculado ao corpo clássico de intérpretes do quadro da hermenêutica tradicional, mas se estende a todos os cidadãos, no entender de Häberle.

Nesse viés, o constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Dando unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas.

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

As interpretações constitucionais tradicionais, limitam-se a levantar todas as admissíveis interpretações que a norma em exame permite e a confrontá-las com a Constituição, por meio do emprego dos métodos. Nesta interpretação não é admitido ao intérprete fazer qualquer alargamento ou restrição no sentido da norma de modo a deixá-la compatível com a Carta Maior.²

² BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos. 2002. p. 267.

Canotilho³ estrutura os métodos tradicionais em um só método chamado de método jurídico, partindo da consideração de que a Constituição é, para todos os efeitos, uma lei. Interpretar a Constituição é interpretar uma lei, sendo que interpretação constitucional é igual à interpretação legal. Para captar o sentido da lei constitucional deve-se utilizar as regras tradicionais da hermenêutica.

O sentido das normas constitucionais desvenda-se através da utilização dos elementos interpretativos: *filológico* (literal, gramatical, textual); *lógico* (elemento sistemático); *histórico*; *teleológico* (elemento racional) e elemento *genético*. A articulação desses vários fatores hermenêuticos conduzirá a uma interpretação jurídica da Constituição, em que o princípio da legalidade constitucional é fundamental, pois é o ponto de partida para a tarefa de captação do sentido das normas e é o limite da tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto, sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito⁴.

Analisa-se, a seguir, cada um dos principais elementos da interpretação jurídica, com ênfase nas especificidades da interpretação constitucional. A interpretação gramatical consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação.

A interpretação gramatical é o momento inicial do processo interpretativo. O texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete. Na interpretação constitucional, por vezes, não é necessário ir além da letra e do sentido evidente do texto, como se passa, por exemplo, em relação aos dispositivos acerca da composição e funcionamento de órgãos estatais. De regra, todavia, correrá risco o intérprete que estancar sua linha de raciocínio na interpretação literal. Embora o espírito da norma deva ser pesquisado a partir de sua letra, cumpre evitar o excesso de apego ao texto, que pode conduzir à injustiça, à fraude e até ao ridículo⁵.

O intérprete da Constituição deve partir da premissa de que todas as palavras do Texto Constitucional têm uma função e um sentido próprios. Não há palavras supérfluas na Constituição, nem se deve partir do pressuposto de que o constituinte incorreu em contradição ou obrou com má técnica. Idealmente, ademais, deve o constituinte, na medida do possível, empregar as palavras com o mesmo sentido sempre que tenha de repeti-las em mais de uma passagem. De toda sorte, a eventual equivocidade do Texto deve ser remediada com a busca do espírito da norma e o recurso aos outros métodos de interpretação⁶.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991. p.1174.

⁴ CANOTILHO, op. cit. p.1174.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 127.

⁶ BARROSO, op. cit., p. 130.

No que se refere a interpretação histórica consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da *occasio legis*. Esse esforço retrospectivo para revelar a vontade histórica do legislador pode incluir não só a revelação de suas intenções quando da edição da norma como também a especulação sobre qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e idéias contemporâneos⁷.

Claro que há limites a serem impostos à interpretação histórica. Nem mesmo o constituinte originário pode ter a pretensão de aprisionar o futuro. A patologia da interpretação histórica é o *originalismo*⁸.

a. A interpretação sistemática, uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra. Não é possível compreender integralmente alguma coisa - seja um texto legal, uma história ou uma composição - sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo. A visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema, é vital⁹.

O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas¹⁰.

Na interpretação teleológica as normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade. Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito¹¹.

Bonavides afirma que destes métodos tradicionais vieram os modernos, como o método lógico-sistemático que se fundamenta em complementar a interpretação lógica através da interpretação sistemática. Entende que a interpretação se inicia quando se concebe a norma como parte de um sistema. Sendo impossível se obter o verdadeiro sentido da norma sem considerar o contexto das leis e das conexões lógicas do sistema. Desta forma é possível, com o emprego dos elementos lógicos e dos princípios mais gerais e abstratos do sistema elucidar a norma, objeto de interpretação¹².

⁷ BARROSO, op. cit., p. 131.

⁸ BARROSO, op. cit., p. 133.

⁹ BARROSO, op. cit., p. 134.

¹⁰ BARROSO, op. cit., p. 134.

¹¹ BARROSO, op. cit., p. 137.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 445.

Outro método abordado pelo autor é o histórico-teleológico, por um de seus elementos - o histórico - o método traça toda a história da proposição legislativa, desce no tempo a investigar a ambiência em que se originou a lei, procura enfim encontrar o legislador histórico, a saber, as pessoas que realmente participaram na elaboração da lei, trazendo à luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais, configurativos da "*ocasio legis*". Pelo outro - o teleológico - o intérprete busca determinar os fins que se acham tanto fora como dentro das proposições legislativas, sendo igualmente importante na pluridimensionalidade desse método estabelecer a vinculação histórica, visto que essa consente uma captação mais precisa do sentido da norma¹³.

O método voluntarista da teoria pura do direito, para Kelsen, a interpretação é em essência um ato de decisão (um ato volitivo) e não um ato de cognição (um ato intelectual), de sorte que na hermenêutica jurídica, quando se interpreta uma norma, o intérprete, ao eleger um de seus possíveis significados, guia-se mais pela vontade do que pela inteligência, ou seja, pesa mais sobre a escolha a primeira do que a segunda¹⁴

Paulo Bonavides, abordando ainda a lição de Kelsen, anota que:

a jurisprudência clássica e a teoria mais comum da interpretação, ordinariamente buscavam inculcar que a lei aplicada ao caso concreto somente pode fornecer uma única decisão certa e que a 'certeza' dessa decisão se fundamentava na lei mesma. Afirma então o normativista de Viena que nessa interpretação clássica, o ato interpretativo tomava a feição de uma exclusiva operação intelectual, como se o intérprete empregasse tão-somente os poderes da razão e dispensasse o exercício de sua vontade, ao extrair, por via intelectual pura, de um quadro de múltiplas possibilidades, aquela única que no direito positivo corresponderia à escolha certa¹⁵.

Essa formulação doutrinária, está sedimentada na necessidade existente em qualquer ordenamento jurídico de oferecer segurança, entendida esta como o prévio conhecimento das regras que irão regulamentar as diferentes relações que surgem na sociedade. Assim, mesmo que a lei seja incerta, injusta ou esteja equivocada, para essa doutrina há de ser aplicada, pois assim evitam-se que os juízes possam vir a perpetrar novos erros, além daqueles já presentes na lei. Ademais, é através da função interpretativa que se alcança a desejável estabilidade jurídica, adequando-se a letra seca da lei à evolução operada no seio da sociedade¹⁶.

¹³ BONAVIDES, op. cit., p. 446.

¹⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 447.

¹⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 283.

¹⁶ BASTOS, op. cit., p. 266.

A crítica que se faz aos métodos tradicionais é que entender a aplicação do Direito como uma atividade puramente mecânica de subsunção do fato à norma jurídica correspondente, implica em admitir que os juízes não passam de meros fantoches manipulados por um ente supostamente dotado de vontade própria: a lei. Isso porque para a concepção perfilhada pela corrente cognoscitiva a interpretação se traduziria numa operação tão objetiva quanto uma operação matemática qualquer. E, para tanto, todos seriam capazes de efetua-la, bastando o conhecimento das regras (matemáticas) aplicáveis¹⁷.

Portanto, mostra-se necessário salientar, que nas tradicionais formas de interpretação constitucional, somente se levantavam todas as possíveis interpretações e as confrontavam com a Constituição. O intuito das modernas formas de interpretação constitucional é o de buscar no limiar da constitucionalidade da norma algumas interpretações que possam ser aproveitadas desde que fixadas algumas condições¹⁸.

2. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA NOVA HERMENÊUTICA

Foi sempre o receio ou a cautela de declarar uma lei inconstitucional que deram origem às modernas formas de interpretação constitucional, que visam, sobretudo, manter a norma no ordenamento jurídico tendo como fundamento o princípio da economia, da segurança jurídica e da presunção de constitucionalidade das leis e como finalidade a busca de uma interpretação que compatibilize a norma tida como “inconstitucional” com a Lei Maior. Parte-se da idéia de que na maioria dos casos essa inconstitucionalidade da norma, vai dar lugar a um vazio legislativo, que produzirá sérios danos ao ordenamento jurídico¹⁹.

Pode-se explicar o surgimento das novas técnicas de interpretação constitucional com base no fato de que cada disposição legal deve ser considerada na composição da ordem constitucional vigente, e não ficar restrita ao âmbito do conjunto das disposições da mesma lei ou de cada lei no conjunto da ordem legislativa.²⁰

O método integrativo ou científico-espiritual foi desenvolvido por juristas alemães, capitaneado por Rudolf Smend, como acentua Paulo Bonavides:

A concepção de Smend é precursoramente sistêmica e espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta²¹.

¹⁷ BASTOS, op. cit., p. 265.

¹⁸ BASTOS, op. cit., p. 268.

¹⁹ BASTOS, op. cit., p. 268.

²⁰ BASTOS, op. cit., p. 269.

²¹ BONAVIDES, op. cit., p. 478.

A Constituição se torna por consequência mais *política* do que *jurídica*. Reflete-se assim essa nova tomada de sentido na interpretação, que também se “politiza” consideravelmente, do mesmo modo que ganha incomparável elasticidade, permitindo extrair da Constituição, os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época, e as circunstâncias²².

Portanto, esse novo meio de interpretação, chega-se a amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas. Já não se menosprezam, em consequência, os chamados fatores extraconstitucionais, que a interpretação formalista costumava ignorar por meta-jurídicos, mas que têm importante lugar na operação integrativa da Constituição²³.

O método tópico veio a ser utilizado na esfera jurídica através de Theodor Viehweg, em razão da insuficiência do método científico dos naturalistas. Inclinaram-se também para a tópica, nomeadamente para uma teoria material da Constituição, construindo estradas próprias com o propósito de alcançar objetivos semelhantes, Martin Kriele, Peter Häberle, Friedrich Müller e Konrad Hesse²⁴.

Pensar o problema constitui o cerne da tópica em suas exposições sobre o método. Novo estilo de argumentação e acesso à coisa. Procura evidenciar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle da certeza racional. O pesquisador procura abarcar o problema como uma questão aberta, tanto quanto admissível. Depois, a partir dessa posição, extraem-se e examinam-se as presumíveis soluções e desse modo se chega à decisão final.

No entanto, para Viehweg e Esser, existe um confronto entre o pensamento tópico e o sistêmico. O pensamento sistêmico seria por excelência um pensamento “dedutivo”, ao contrário da tópica. Enquanto técnica jurídica da práxis, estaria esta última sempre envolvida para a determinação do “respectivamente justo”, assim, para a solução peculiar de cada caso, pensado como um problema em toda a sua complexidade. No dizer de Esser: “a situação deve ser compreendida em toda a sua complexidade, a fim de problematizar-se o ideal de sua complexidade”²⁵.

Os limites da tópica se encontram já na sua função instrumental, pois ela é uma técnica que simplesmente ajuda a descobrir que conhecimentos e interrogações podem em cada caso desempenhar determinado papel, sem oferecer por si mesma a suficiente fundamentação da solução²⁶.

Posto um problema constitucional concreto, os intérpretes utilizam-se de vários *topoi*²⁷ ou pontos de vista, sujeitos a serem legitimados como premissas

²² BONAVIDES, op. cit. p. 479.

²³ BONAVIDES, op. cit. p. 480.

²⁴ BONAVIDES, op. cit. p. 487-488.

²⁵ BONAVIDES, op. cit. p. 490, apud., Josef Esser, op. cit., p. 156-157

²⁶ BONAVIDES, op. cit. p. 491, apud. Zippelius, p. 2233.

²⁷ Esser os reputava como pontos de vista pragmáticos de justice material ou de estabelecimento de fins

(caso venham a ser aceites pelo interlocutor), visando resolver o problema por meio da interpretação mais adequada ao problema ou, noutras palavras, mais razoavelmente justa. Desta forma, percebemos que os *topoi* servem de auxiliar de orientação ao intérprete; constituem um guia de discussão dos problemas e; permitem a decisão do problema jurídico em discussão.

A tópica representa o tronco de onde partem na Alemanha as direções e correntes mais empenhadas em renovar a metodologia contemporânea de interpretação das regras constitucionais. Portanto, as normas jurídicas passam para um segundo plano, adquirindo a natureza de *topoi*. Em se tratando da Constituição esta perde em muito o seu aspecto formal. Assim esclarece Paulo Bonavides:

A invasão da Constituição formal pelos *topoi* e a conversão dos princípios constitucionais e das próprias bases da Constituição em pontos de vista à livre disposição do intérprete, de certo modo enfraquece o caráter normativo dos sobreditos princípios, ou seja, a sua juridicidade. A Constituição, que já é parcialmente política, se torna por natureza politizada ao máximo com a metodologia dos problemas concretos, decorrentes da aplicação da hermenêutica tópica²⁸.

A tópica e a corrente científico espiritualista de fundamentos realistas compõem as grandes matrizes contemporâneas de onde procede a teoria material da Constituição, ainda agora em processo de elaboração teórica e de reação ao excesso de formalismo e juridicidade das correntes positivistas²⁹.

No campo constitucional a importância da tópica é decisiva na medida em que produz uma reorientação básica da doutrina. Mas corre o risco de tomar na esfera do Direito Constitucional uma dimensão metodológica.

Mostra-se necessário apontar o método de interpretação constitucional de Friedrich Müller que intenta fundamentar uma teoria material do Direito, afastando-se assim por inteiro das correntes formalistas. O método de Müller é concretista. Tem sua inspiração maior na tópica, mas a modifica em diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta³⁰.

Deste modo, o que visa o Müller é organizar o processo de interpretação, o qual é por ele visto como algo complexo, formado por diversos elementos, razão pela qual não há um ponto final, mas, auxiliando, o operador, um método seguro, científico e rigoroso que permite o alcance do verdadeiro direito, que não se confunde com o texto da norma, o qual em momento nenhum é menosprezado ou abandonado pelo autor³¹.

Como assinala Bonavides:

jurídico-políticos, ou sob perspectiva clássica, pontos retóricos de partida para argumentação do problema, In: BONAVIDES, op. cit. p. 490, apud. Josef Esser, p. 44.

²⁸ BONAVIDES, op. cit. p. 495.

²⁹ BONAVIDES, op. cit. p. 496.

³⁰ BONAVIDES, op. cit. p. 498.

³¹ BONAVIDES, op. cit. p. 499.

a exaustiva perquirição de Müller busca evitar o hiato, a separação, a antinomia das duas Constituições – a formal e a material – bem como aquele conhecido confronto da realidade com a norma jurídica. É nesse dualismo que a metodologia concretista, ao tornar fática a norma, se empenha com mais afincos por evitar.³²

Müller procura demonstrar que a jurisprudência da Corte de Karlsruhe já não pode encobrir mediante artifícios verbais a ruptura com os métodos costumeiros de interpretação constitucional. De modo que se torna possível questionar a concepção clássica da norma jurídica e sua aplicação, valendo-se para tanto da análise aos processos atuais empregados inclusive por aquele Tribunal na sua tarefa de concretizar a Constituição e que devem conduzir ao abandono das velhas e tradicionais concepções dos intérpretes formalistas³³.

Afirma Müller que uma hermenêutica jurídica em condições de transcender o positivismo da lei terá seus fundamentos extraídos da observação do trabalho jurídico tanto na ciência como na práxis. Não é possível isolar a norma da realidade, antes é a realidade em seus respectivos dados afetada pela disposição da norma, o elemento material constitutivo da própria norma³⁴.

Um dos métodos de interpretação constitucional que a tópica mais influenciou atualmente foi o método concretista da “Constituição Aberta” teorizada por Peter Häberle. Bonavides afirma que Häberle levou a tópica às últimas conseqüências, mediante uma série de fundamentações e legitimações que se aplicam ao campo dos estudos constitucionais. Resultantes da democratização do processo de interpretativo, pois não está mais vinculado ao corpo clássico de intérpretes do quadro da hermenêutica tradicional, mas se estende a todos os cidadãos³⁵.

Häberle, afirma que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista e muitas vezes esse processo se mostra difuso. Pois se incorpora as ciências sociais e também métodos de interpretação voltados para o atendimento dos interesses públicos e do bem estar geral. No entanto, a teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”, pois se concentra na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados³⁶.

Primeiramente se pensava que a interpretação em um conceito delimitado era apenas a atividade consciente de explicar a norma. No entanto, para uma pesquisa realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, é necessário um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos,

³² BONAVIDES, op. cit. p. 500.

³³ BONAVIDES, op. cit. p. 500.

³⁴ BONAVIDES, op. cit. p. 501.

³⁵ BONAVIDES, op. cit. p. 509.

³⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 11-12

órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública, representam forças de interpretação, sendo intérpretes constitucionais em sentido *lato*, atuando pelo menos como pré-intérpretes. Significando uma democratização da interpretação constitucional. Mas, a jurisdição constitucional apresenta a última palavra sobre a interpretação³⁷.

Para Häberle,³⁸ os novos conhecimentos da teoria da interpretação diz que ela é um processo aberto, e não é um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. Assim a ampliação do círculo de intérpretes é uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de integração, compondo essa realidade pluralista. Pois se a norma não é uma decisão prévia simples e acabada, é necessário indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional.

A interpretação em sentido estrito é a interpretação que usa os métodos tradicionais de Savigny, de procedência civilista. A interpretação em sentido *lato* é a que oferece um largo terreno ao debate e a renovação, tendo sido desprezada pelos preconceitos dos juristas técnicos de visão formalista³⁹.

Unidas as duas interpretações, podem os direitos fundamentais e a democracia pluralista, tanto na prática como na teoria, ser levados efetivamente a sério, pois as duas formas de interpretação se correlacionam. Não é possível estabelecer entre ambas uma delimitação rígida, sobretudo quando se sabe que na sociedade democrática há juízes “técnicos”, peritos e jurados, que não sendo juristas de profissão contribuem para a abertura da categoria dos intérpretes da Constituição em sentido estrito⁴⁰.

A tese de Häberle é de que na interpretação da Constituição se acham potencialmente abrangidos “todos” os órgãos estatais, todos os entes públicos, todos os cidadãos, todos os grupos, não havendo *números clausus* de intérpretes constitucionais⁴¹.

Dessa forma, constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional. Assim, o processo político de ser tanto quanto possível, aberto, devendo em algum momento ter uma interpretação “diversionista”. Sendo que essa teoria constitucional democrática assume a responsabilidade por uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.⁴²

A interpretação da Constituição, tida até então como um ato consciente, deliberado e formal do jurista de profissão, como causa da “sociedade fechada”, deve, porém na realidade considerar-se pela nova metodologia como obra da

³⁷ HÄBERLE, op. cit., p. 15.

³⁸ HÄBERLE, op. cit., p. 30-31.

³⁹ BONAVIDES, op. cit. p. 509-510.

⁴⁰ BONAVIDES, op. cit. p. 510-511.

⁴¹ BONAVIDES, op. cit. p. 512.

⁴² HÄBERLE, op. cit., p. 55.

sociedade aberta, de quantos dela participam materialmente. A interpretação da Constituição está sempre a constituir a sociedade aberta e a ser por ela constituída, sendo seus critérios tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade⁴³.

Entretanto, faz-se a crítica a nova metodologia da “Constituição aberta”, pois, demanda para uma eficaz aplicação a presença de sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida. Fatores esses, difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações em desenvolvimento, e de tal importância que podem invalidar a metodologia⁴⁴.

Até mesmo para Constituições de países desenvolvidos sua serventia se torna relativa e questionável, em sua adoção desmedida. Debilitaria o fundamento jurídico específico do edifício constitucional, acabaria por dissolver a Constituição e sacrificar a estabilidade das instituições. Assim, o surto de preponderância concedida a elementos fáticos e ideológicos de natureza irremediável é capaz de exacerbar a sociedade, o antagonismo de classes, a competição dos interesses e a repressão das idéias. No entanto, a crítica que se faz a este método concretista da Constituição aberta, é de que nos sistemas efetivamente democráticos, poderá revelar-se excelente para manter o *estatus quo* da liberdade. Mas nos Estados pouco desenvolvidos, seu préstimo será menor como recurso para manter as crises, o emprego desse instrumental, com a desorganização da consciência jurídica e a impotência normativa da lei, poderia ocasionar o desenlace institucional⁴⁵.

Outro método é o da interpretação conforme a Constituição que não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição. Desta forma, nenhuma lei será declarada inconstitucional se comportar uma interpretação em harmonia com a Constituição, conservando seu sentido⁴⁶.

A aplicação desse método parte da presunção de que toda a lei é constitucional, adotando-se ao mesmo passo o princípio de que em caso de dúvida a lei será interpretada conforme a Constituição. Não devendo interpretar isoladamente a norma constitucional, uma vez que o conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares da ordem constitucional, representando a Constituição um todo, uma unidade, um sistema de valor⁴⁷.

Esse princípio busca conservar a norma, sendo um instrumento de segurança jurídica contra declarações precipitadas de invalidade da norma. A declaração de nulidade da lei é o último recurso de que lança mão o juiz

⁴³ BONAVIDES, op. cit. p. 512.

⁴⁴ BONAVIDES, op. cit. p. 516.

⁴⁵ BONAVIDES, op. cit. p. 516.

⁴⁶ BONAVIDES, op. cit. p. 518.

⁴⁷ BONAVIDES, op. cit. p. 518.

quando, persuadido da absoluta inconstitucionalidade, já não encontra saída senão reconhecê-la incompatível com a ordem jurídica⁴⁸.

Um aspecto negativo dessa interpretação é o risco de prevalecer no ordenamento constitucional, normas inconstitucionais, e de uma interpretação da Constituição conforme a lei. No entanto, o lado positivo é a fidelidade do método quanto à preservação do princípio da separação de poderes. Faz com que juizes e tribunais percebam que sua missão não desautorizar o legislativo ou nele se imiscuir por via de sentenças ou acórdãos, mas tão somente controlá-lo, inclinando-se para a obra de aproveitamento máximo dos conteúdos normativos, ao reconhecer-lhes sempre que possível a respectiva validade. No entanto pode ocorrer que a vontade do juiz para salvar a lei, substituiu a vontade do legislador⁴⁹.

Na medida em que o método empregado para manter a lei com o máximo de constitucionalidade que for possível nela vislumbrar, em face de interpretações ambíguas, não retira dúvida que ela não só preserva o princípio da separação de poderes como reconhece ao legislador uma posição de hegemonia no ato da concretização constitucional, o que está de acordo com o princípio democrático encarnado no legislativo⁵⁰.

Mas o excesso de zelo em manter as leis, pode desfigurar esse aspecto positivo do método, fazendo-o negativo e igualmente atentatório ao próprio princípio da separação de poderes. Isso ocorre quando o Tribunal para não declarar nula uma lei, perde de vista as limitações necessárias de seu ofício, acaba reformando a lei⁵¹.

O método adotado sem excesso, não desprestigia a função legislativa nem tampouco enfraquece a magistratura nos poderes de conhecer e interpretar a lei pelo ângulo de sua constitucionalidade. Quanto mais rígida a Constituição, e quanto maior o obstáculo para sua reforma, maior é a importância da interpretação, e assim mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos interpretativos, para se fazer uma perfeita acomodação entre a Carta Magna e as exigências do meio político e social⁵².

Desta forma, a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica, para atender dentro dos limites formais, as mudanças da sociedade, tanto no desenvolvimento como na existência de novas ideologias⁵³.

Fica difícil interpretar sem se levar em conta as realidades políticas

⁴⁸ BONAVIDES, op. cit. p. 519.

⁴⁹ BONAVIDES, op. cit. p. 520.

⁵⁰ BONAVIDES, op. cit. p. 523.

⁵¹ BONAVIDES, op. cit. p. 523.

⁵² BONAVIDES, op. cit., p. 418

⁵³ BASTOS, op. cit., p. 111.

pelas quais passa o país. As discussões mobilizam o espírito de todos os setores da sociedade, que são altamente ideológicos, e se fazem sentir na interpretação do direito, em função do que se fala, então, de uma atualização das regras jurídicas por meio do processo interpretativo⁵⁴.

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO CONDICIONANTES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Hesse considerou os princípios como diretrizes que orientam o intérprete do Texto maior, para determinar a relação e valoração dos pontos de vista que podem solucionar o problema, destacando o princípio da unidade da Constituição para evitar possíveis contradições com outras normas do próprio texto.⁵⁵

Barroso⁵⁶ afirma que o constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas⁵⁷.

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam as regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as

⁵⁴ BASTOS, op. cit., p. 265.

⁵⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 115, apud. Hesse, escrito de derecho constitucional, p. 45

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 28.

⁵⁷ BARROSO, op.cit. p. 29.

idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central⁵⁸.

A denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo⁵⁹.

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional. Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo⁶⁰.

A dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade⁶¹.

Quanto à nova interpretação constitucional a autora⁶² afirma que a idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico - o *subsuntivo*, fundado na aplicação de *regras* - nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.

⁵⁸ BARROSO, op.cit. p. 30.

⁵⁹ BARROSO, op.cit. p. 32.

⁶⁰ BARROSO, op.cit. p. 34.

⁶¹ BARROSO, op.cit. p. 38.

⁶² BARCELLOS, Ana Paula de; O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 331.

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido⁶³.

A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto⁶⁴.

Por força do princípio da unidade, inexistente hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, *in concreto*, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como os de ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição⁶⁵.

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas idéias de devido processo legal substantivo e na de justiça⁶⁶. Todos os princípios constitucionais são igualmente válidos, e, no entanto não podem, na maioria dos casos, ser *aplicados* contemporaneamente. Como diz magistralmente o professor Menelick de Carvalho Netto:

subsistem no ordenamento jurídico princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação. A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pela exigência de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pela exigência de respeito às especificidades e à concreitude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o

⁶³ BARCELLOS, op. cit. p. 332.

⁶⁴ BARCELLOS, op. cit. p. 361.

⁶⁵ BARCELLOS, op. cit. p. 362.

⁶⁶ BARCELLOS, op. cit. p. 363.

substrato do que Klaus Günther denomina *sensu de adequabilidade*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões⁶⁷.

Quando se trabalha com a Constituição podem ocorrer conflitos entre princípios e então vem a ponderação. A ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis, em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequada. Durante algum tempo a ponderação esteve claramente vinculada à teoria dos princípios e às características particulares dessa espécie normativa. Já é possível identificá-la como uma técnica de decisão jurídica autônoma, e vem sendo aplicada em diversos outros ambientes que não o do conflito de princípios. Os casos típicos dos quais se ocupa a ponderação são aqueles nos quais se identificam confrontos de razões, de interesses, de valores ou de bens albergados por normas constitucionais.⁶⁸

CONCLUSÃO

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciaram categoricamente a concepção de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional.

Compreende a norma jurídica como algo mais que o texto de uma regra normativa. Assim, a interpretação ou concretização transcende a interpretação do texto, diferente do que a acontece com os processos hermenêuticos tradicionais.

O processo de interpretação constitucional deve ser formado pelos princípios constitucionais que contêm a síntese dos valores mais importantes do ordenamento jurídico. Dando unidade ao sistema constitucional, irradiando por todo o sistema apontando o caminho a ser percorrido pelo intérprete. A Constituição passa a ser não apenas um sistema em si, com sua ordem, unidade e harmonia, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito.

⁶⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica Constitucional e Pluralismo*. In SAMPAIO, Adércio Leite; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 61, apud, CARVALHO NETTO, Menelick de. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação de valores contratados como contraprestação por obras realizadas. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília, OAB, vol. 63, ano XXVI, jul./dez. 1996, p. 146.

⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55-57.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-118.
- _____, Ana Paula de; O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327-378.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-48.
- _____, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos. 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica Constitucional e Pluralismo*. In SAMPAIO, Adércio Leite; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.



PRETENSÃO DE LEGITIMIDADE DAS SENTENÇAS JURÍDICAS E JUSTIFICAÇÃO RACIONAL

Reginaldo da Costa¹

RESUMO

Na decisão judicial é estabelecida uma preferência, preferência essa que necessita ser justificada, pois tal preferência implica no julgamento de que a alternativa escolhida em algum sentido é a melhor, sendo ela, portanto, um julgamento de valor. Uma vez que há uma pretensão de legitimidade na tomada de decisão judicial e uma vez que a dogmática jurídica e a jurisprudência pretendem ter caráter científico, elas devem, então, evitar o máximo possível o decisionismo, a arbitrariedade e a irracionalidade, o que só é possível se partirem de critérios racionais, normativos, que sejam suficientes para garantir confiabilidade a seus julgamentos de valor, explícitos ou implícitos. Assim sendo, a tematização da pretensão de legitimidade da sentença jurídica e da decisão judicial é uma das tarefas mais importantes da metodologia jurídica, pois se a metodologia jurídica não puder fornecer critérios que assegurem confiabilidade à pretensão de correção das sentenças jurídicas e à pretensão de correção da decisão judicial, as mesmas terão caráter arbitrário, carecerão de legitimidade racional, o que teria como implicação a insustentabilidade do caráter científico da jurisprudência, de suas sentenças e de suas decisões; decisões essas de fundamental importância, porquanto afetam a vida, os bens, a liberdade, a segurança, etc das pessoas e da sociedade, razão pela qual devem evitar a arbitrariedade e se aproximarem, o máximo possível, da correção e da justiça.

Palavras-chave

Sentença jurídica; jurisprudência; justificação racional; justiça.

ABSTRACT

In a juridical sentence a preference is established that needs to be justified, because such preferences implicate in the trial that the chosen alternative is in some way the best, being it therefore, a judgment of value. Once there is an intention of legality in professing the sentence and since juridical dogma and jurisprudence intend to have scientific character, they should avoid

¹ Doutor em Ética e Filosofia Política pela PUCRS, Professor de Ética do Discurso e de Teoria dos Direitos Fundamentais do Mestrado em Filosofia da UECE, Professor de Filosofia do Estado do Mestrado em Direito da UFC e de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFC, Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Filosofia Moderna do Direito da Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Professor Convidado da Escola de Magistratura do Estado do Ceará, Líder do Grupo de Pesquisa Filosofia dos Direitos Humanos da UFC e Líder do Grupo de Pesquisa Ética e Direitos Humanos da UECE.

as much as possible decisionism, arbitrariness. and irrationality, which is only possible if they start off with rational and normative criteria, that is sufficient to guarantee reliability to their judgments of value, be they explicit or implicit. The result is that, the study of the pretension of legality of adjudication and the sentence it is one of the most important tasks of juridical methodology, because if juridical methodology cannot supply criteria that can assure reliability to the pretension of correction of adjudications and the pretension of correction of the sentence, this criteria will have an arbitrary character, and will lack rational legality, which would have as an implication lack of sustainability of the scientific character of jurisprudence, of their adjudications and of their decisions; decisions that are of fundamental importance, since they affect the life, property, freedom, safety, etc of people and of society, reason for which one should avoid arbitrariness and approximate, the maximum possible, to correction and justice.

Key-words

Adjudication; jurisprudence; rational justification; justice.

1. INTRODUÇÃO

Para compreendermos adequadamente a decisão judicial e sua pretensão à correção, importa esclarecer não só o que é e como se gera a sentença jurídica, mas, principalmente, esclarecer em que consiste a sua legitimidade. A tematização da pretensão de legitimidade da sentença jurídica e da decisão judicial é uma das tarefas mais importantes da metodologia jurídica, pois se a metodologia jurídica não puder fornecer critérios que assegurem confiabilidade à pretensão de correção das sentenças jurídicas e à pretensão de correção da decisão judicial, as mesmas terão caráter arbitrário e, por conseguinte, carecerão de legitimidade racional².

Durante algum tempo, compreendeu-se o julgamento jurídico como uma mera inclusão lógica sob conceitos superiores³, no entanto, esta compreensão é posta cada vez mais em descrédito e a tal ponto que na discussão da metodologia contemporânea, há uma unanimidade dos juristas na compreensão de que a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de normas pressupostamente validas⁴. Assim sendo, ninguém pode

² No entendimento de Jan Schapp, "A temática da doutrina tradicional da metodologia jurídica pode ser interpretada – de modo muito global – em três questões: 1. Como aplica o juiz a lei ao caso que deve ser decidido por ele? 2. Como se interpretam as leis? 3. Existe a idéia do direito ou um princípio de justiça e qual o significado que tem essa idéia ou esse princípio para a busca do direito em questão? As questões podem ser (...) formuladas de outra maneira. Mas de modo geral está circunscrito com isto o campo de investigação da metodologia jurídica". SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p.7.

³ Na compreensão de Jan Schapp, "É fundamental no modelo da subsunção para a aplicação da lei a idéia de que a lei é algo universal e que o caso a ser decidido pelo juiz, pelo contrário, seria algo particular que poderia ser subsumido sob este universal" (SCHAPP, Jan, Op. Cit. p. 13), ou seja, "No modelo de subsunção se confrontam a lei concebida como universalidade e o caso concreto. No fundo trata-se de identificar o caso concreto como caso no gênero designado na lei. O modelo de aplicação do direito com essa oposição de lei e caso, é bipolar. SCHAPP, Jan, Op. Cit. p. 90.

⁴ Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 1ª. Edição. São Paulo, Landy, 2001, p.17.

mais seriamente afirmar que a aplicação de leis nada mais envolve do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados. Na compreensão de Alexy, a razão pela qual isso acontece se deve a, pelo menos, quatro motivos:

A imprecisão da linguagem do direito;

A possibilidade do conflito entre normas;

A possibilidade de haver casos que não cabem em nenhuma norma válida existente;

A possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto.

A imprecisão da linguagem do direito implica na necessidade de formular um sentido válido para a linguagem das normas jurídicas e, portanto, para sua determinação semântica. Isso é problemático na medida em que diferentes intérpretes podem atribuir significados diferentes ao sentido da linguagem jurídica, o que traz como consequência entendimentos diferentes acerca do direito e, por consequência, entendimentos diferentes sobre sua identificação e aplicação. Se há diferentes interpretações sobre o sentido da linguagem do direito, formuladas a partir de diferentes pontos de vista, qual então o critério para estabelecer qual a melhor interpretação desse significado?

No caso do conflito entre normas, qual delas escolher para dado caso e a partir de qual critério deve-se fazer essa escolha? Talvez diferentes intérpretes, a partir de pontos de vista diferentes, possam fazer diferentes escolhas. Como, então, determinar qual a escolha mais acertada?

Quando há casos que não cabem em nenhuma norma válida e, mesmo assim, há a necessidade de uma decisão judicial, qual, então, o critério de decisão? Ora, diferentes intérpretes poderão decidir diferentemente sobre o caso em questão⁵ e a partir de critérios diferentes, já que cada um deles pode partir de diferentes pontos de vista. Como saber, então, qual a melhor interpretação e, por consequência, qual a melhor decisão?

Problemática é, também, a situação da decisão judicial quando, em casos especiais, a decisão contraria o estatuto legal, pois, nesse caso, se a decisão pretende ser legítima, importa saber do critério para que se contrarie o estatuto e, mais ainda, uma vez contrariado o estatuto, qual o critério para a decisão jurídica? Ora, diferentes intérpretes, a partir de diferentes pontos de vista, também, podem decidir diferentemente. Qual, então, a melhor decisão?

Pelo acima exposto, fica suficientemente evidente que a aplicação de leis

⁵ Segundo Jan Schapp, “De fundamental importância para a decisão dos casos pelo juiz é primeiramente o juiz chegar a uma compreensão do fato a ser por ele decidido. Isso parece óbvio e se diz com facilidade. Mais difícil, porém, já é mostrar em que consiste essa compreensão e como o juiz pode chegar a ela” SCHAPP, Jan. Op. Cit. p.101

envolve muito mais do que uma subsunção lógica sob conceitos superiores⁶, pois pressupõe, necessariamente, alguns problemas a serem resolvidos: a) a decisão sobre o significado da linguagem do direito; b) a resolução de conflitos entre normas; c) a necessidade de decidir casos que não cabem em nenhuma norma válida existente; e, d) a possibilidade de contrariar textualmente um estatuto. Ora, se não tivermos um critério suficiente para uma resolução segura e, portanto, confiável desses problemas, então, a sentença jurídica e a decisão judicial serão, do ponto de vista da razão, fortemente marcadas por arbitrariedades e, por conseguinte, pouco legítimas.

Segundo Alexy, a metodologia jurídica pode solucionar o problema de como justificar plenamente a sentença jurídica e, portanto, um julgamento jurídico se for capaz de apresentar regras ou procedimentos segundo os quais pode ser demonstrada que a transição das normas (N1, N2, ... Nn) e dos axiomas empíricos⁷ (AE1, AE2, ... AEn) para o julgamento jurídico (JR)⁸ também é admissível quando JR não segue logicamente de (N1, N2, ... Nn) e (AE1, AE2, ... AEn)⁹.

Pois bem, para ele os candidatos mais amplamente discutidos para a efetivação da tarefa de justificação das sentenças jurídicas são as regras ou procedimentos dos cânones de interpretação. Essa tarefa, porém, não parece ter sido levado a cabo satisfatoriamente pelas seguintes razões: em primeiro lugar, o número desses cânones¹⁰ e de sua ordem

⁶ Na compreensão de Manuel Atienza, "Justificar uma decisão, num caso difícil, significa algo mais do que efetuar uma operação dedutiva que consiste em extrair uma conclusão a partir de premissas normativas e fáticas". ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. São Paulo: Landy, 2002, p. 19.

⁷ Não entendo o que significa um axioma empírico, pois os dados da experiência nos chegam através dos sentidos, porém, enquanto não os interpretarmos a partir de conceitos que recebem sua carga semântica através dos prejuízos ou pré-conceitos de nossa pré-compreensão do mundo eles não se constituem em juízos ou proposições e, portanto, em sentenças. Essas sentenças dependem, por conseguinte, de uma pré-compreensão e, desse modo, de uma interpretação que sempre pode ser diferente, dependendo do horizonte de compreensão do *intérprete*, de modo que não se pode falar propriamente de axiomas, uma vez que mesmo os dados empíricos necessitam serem interpretados e, uma vez interpretados, não são de modo algum axiomáticos

⁸ Faz-se necessário que se apresentem regras e procedimentos não só para e referida transição, mais para uma transição que seja suficientemente legítima.

⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. pp. 17-18.

¹⁰ Há propostas de cânones de interpretação diferentes como, por exemplo, as seguintes: Savigny distingue o elemento gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático de interpretação; Wolf conhece as interpretações filológicas, lógicas, sistemáticas, históricas, comparativas, genéticas e teleológicas; Larenz, por sua vez, propõe como critérios de interpretação: o sentido literal do estatuto, o inter-relacionamento do significado da lei, a intenção, motivos e pressupostos normativos do legislador, os critérios objetivo-teleológicos, bem como a conformidade da interpretação com a constituição. Em meio a diferentes propostas de cânones de interpretação, cabe perguntar e responder não só se algum deles é capaz de fornecer a interpretação mais confiável, mas, principalmente, se há algum deles capaz de fornecer uma interpretação verdadeiramente confiável e, portanto, suficientemente legítima do ponto de vista da razão. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 18).

hierárquica¹¹ é controvertido; em segundo lugar, há uma imprecisão¹² nos cânones; e, em terceiro lugar, cânones diferentes podem levar a resultados diferentes. Essa insuficiência dos cânones de interpretação para assegurar uma sentença suficientemente justificada não significa, porém, que eles devam ser descartados como sem valor¹³, mas, implica que eles não devem ser usados como regras suficientes para a justificação dos ordenamentos jurídicos.

Uma alternativa para o problema de como justificar plenamente a sentença jurídica seria estabelecimento de um sistema de proposições do qual se possam deduzir as premissas normativas necessárias ao processo de justificação. No entanto, para a efetivação dessa alternativa seria necessária a justificação de tal sistema, caso ele fosse composto somente dessas proposições. Além do mais, caso essas proposições fossem derivadas das normas pressupostamente válidas, teríamos como limitação a exigência de não conter qualquer regulamentação que ultrapasse a série de normas pressupostamente válidas, o que parece impossível¹⁴.

Se esse sistema for, ademais, compreendido como um sistema de princípios gerais de ordem jurídica, então, surge a questão de saber como esses princípios podem ser estabelecidos, uma vez que eles não seguem logicamente das normas pressupostas. Além disso, problemática seria também a aplicação desses princípios para a justificação de argumentos jurídicos, pois os princípios permitem exceções, podem ser mutuamente inconsistentes e até mesmo contraditórios. Ora, os princípios não reivindicam aplicação exclusiva, de modo que sua realização está associada à concreção via princípios subordinados e julgamentos particulares de valores associados a um conteúdo material independente¹⁵. Nesta perspectiva, pode-se dizer que qualquer sistema axiológico, pressupostamente válido, não fornece condições, por si, de que se formule uma única decisão sobre o peso e o equilíbrio dos princípios jurídicos em dado caso e nem, tampouco, que se decida sobre quais valores particulares

¹¹ Se cada um desses cânones apresentados, por essa ou aquela proposta de cânones, pode levar a resultados diferentes e temos que formular um único resultado, então, qual a ordem hierárquica entre eles, de modo que possamos com base nessa ordem hierárquica definir da melhor forma esse resultado? Ora, segundo Alexy, até hoje não se conseguiu articular critérios estritos para a sua ordem hierárquica, o que dificulta a possibilidade de uma decisão confiável baseada nesses cânones. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 18).

¹² Como exemplo dessa imprecisão dos cânones Alexy menciona uma regra como: *Interprete cada norma de modo que cumpra seu objetivo*. Ora, diferentes intérpretes, a partir de pontos de vista diferentes, poderão chegar a diferentes resultados com referência ao objetivo da norma em questão. Assim sendo, esse cânone como critério de interpretação e de justificação da decisão não tem suficiente precisão criteriológica para servir de base para uma decisão legítima. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p.18).

¹³ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 18.

¹⁴ Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. pp. 18 e 19.

¹⁵ Segundo Karl Larenz, em relação à efetivação dos princípios, “a cada estágio de concretização, (são) necessários julgamentos de valor adicionais” (KARL LARENZ, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 38) Ora, os julgamentos de valor devem ser estabelecidos a partir da legislação, porém, eles, mesmo partindo dela, - ao mesmo tempo e subseqüentemente - se dão a partir do horizonte de interpretação do juiz, estando pois, também, sob a égide da discricão judicial.

deve ser dada prioridade em qualquer situação particular¹⁶.

2. JUSTIFICAÇÕES E VALORAÇÕES JURÍDICAS

Conforme Alexy há casos isolados em que a decisão não se sustenta logicamente da combinação das afirmações empíricas com as normas pressupostas e nem pode ser totalmente justificada com a ajuda das regras da metodologia jurídica¹⁷. Nesses casos, para ele, quem decide tem que ser discreto, pois a decisão não é completamente regulada pelas normas jurídicas, pelas regras do método jurídico e nem pelas doutrinas da dogmática jurídica.

Assim sendo, nesse contexto, há uma variedade de soluções para o caso e é a escolha da pessoa que decide que determina qual proposição normativa singular deve ser afirmada ou promulgada como um julgamento no caso. Na decisão judicial, portanto, é estabelecida uma preferência, preferência essa que necessita ser justificada, pois tal preferência implica no julgamento de que a alternativa escolhida em algum sentido é a melhor, sendo ela, portanto, um julgamento de valor. Ora, a interpretação e a aplicação da lei não se esgota em um processo de *subordinação*, pois ela pressupõe, necessariamente, julgamentos de valor da parte de quem aplica a lei¹⁸, o implica na necessidade de um critério válido para os julgamentos de valor, sob pena da sentença jurídica e da decisão judicial serem arbitrárias¹⁹. Se a interpretação e aplicação da lei requerem julgamentos de valor, então, importa que se responda às três questões abaixo elencadas:

a) Até que ponto são necessários os julgamentos de valor?

b) Qual o relacionamento dos julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como com as proposições e conceitos da dogmática jurídica?

c) Como esses julgamentos de valor podem ser racionalmente justificados?

¹⁶ Isso, porém, não significa que seja impossível basear os argumentos jurídicos e as decisões judiciais em um sistema de valores. Significa, porém, que esses argumentos e essas decisões não são, do ponto de vista da racionalidade jurídica, suficientemente válidos.

¹⁷ Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 19.

¹⁸ Assim, também, pensam: Müller, quando sustenta que “uma jurisprudência sem decisões ou julgamentos de valor (...) não seria prática e nem real”; Esser, quando afirma que “as decisões de valor (...) tem significado central em todas as decisões sofrivelmente problemáticas”; Kriele, quando conclui que “não é possível fugir dos elementos normativo-teleológico e dos elementos políticos inerentes a cada interpretação”; e, Karl Larenz, quando defende a tese de que “A aplicação da lei (...) requer um amplo alcance de julgamentos de valor da parte de quem aplica a lei” (MÜLLER, ESSER, KRIELE E KARL LARENZ, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 20 e 21).

¹⁹ Conforme Jan Schapp, “O modelo valorativo não expressa contudo com seu componente central da realização de uma valoração, nem o momento da participação criadora do juiz na decisão de caos que a lei não decidiu claramente, nem as modalidades de auxílio que a lei traz para essa participação criadora do juiz, através da clara decisão sobre determinados casos. Aqui é de pouca valia a indicação de que o juiz deve realizar uma repetição inteligente do juízo de valor da lei (...), pois ela deixa aberta as questões decisivas” SCHAPP, Jan, Op. Cit. p. 93.

Uma vez que os julgamentos de valor são imprescindíveis para a sentença jurídica e para a decisão judicial²⁰, então, a resposta a essas perguntas e, principalmente, à terceira pergunta tem um significado teórico e prático indiscutível, pois, caso elas não sejam satisfatoriamente respondidas, fica impossível sustentar o caráter científico da jurisprudência, de suas sentenças e de suas decisões; decisões essas de fundamental importância, porquanto afetam a vida, os bens, a liberdade, a segurança, etc das pessoas e da sociedade, razão pela qual têm que ser as menos possíveis arbitrárias e o máximo possível próximas da correção e da justiça.

Se for atribuição do direito regular os conflitos sociais através das sentenças jurídicas com o máximo de correção possível, e se os julgamentos têm como base julgamentos de valor, então, há a necessidade de que esses julgamentos de valor sejam legítimos, isto é, que sejam os mais justificados possíveis; sob pena da reivindicação de competência do direito para a regulação de conflitos sociais, através da interpretação e aplicação da lei, portanto, através da formulação da sentença jurídica e da decisão judicial, não ter nenhuma justificação e, por conseguinte, nenhuma validade racional.

Nesse contexto, é de importância vital para a ciência do direito e para a metodologia jurídica responder com competência às três questões anteriormente postas e, principalmente, à terceira questão, a saber: como justificar racionalmente os julgamentos de valor? Conforme Alexy, para evitar mal-entendidos, importa lembrar que a tese de que a jurisprudência não passa sem os julgamentos de valor não significa que não existam casos em que não há nenhuma dúvida sobre como se deve decidir, seja com base nas normas pressupostamente válidas, seja com referência à dogmática ou aos precedentes, aliás, para ele, esses casos são mais numerosos que os casos duvidosos. No entanto, para ele, a clareza de um caso não é algo simples, pois afirmar que uma decisão é clara não implica a não possibilidade de argumentos que dêem motivo a dúvidas, implica somente que, no momento, não há tais argumentos²¹.

Assim sendo, mesmo no caso de não haver dúvidas quanto à clareza de uma decisão judicial, a mesma não é formulada sem valoração. Nessa perspectiva, podemos dizer, com segurança, não só que a tomada de decisão jurídica é sempre orientada por julgamentos de valor, mas, principalmente, que ela, para ser válida, deveria ser orientada por julgamentos de valor corretos²² e isso tem como implicação que os julgamentos de

²⁰ Na compreensão de Perelman, "O juiz é considerado, em nossos dias, como detentor de um poder (...) pois, mesmo sendo obrigado a seguir as prescrições da lei, possui uma margem de apreciação: opera escolhas, ditadas não somente pelas regras de direito aplicáveis, mas também pela busca da solução mais adequada à situação. É inevitável que suas escolhas dependam de juízos de valor". (PERELMAN, Chaïn. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 566) e "se, de acordo com Esser, Kriele e Struk, os juízos de valor relativos à própria decisão são insuprimíveis do direito, porque guiam todo o processo de aplicação da lei, já não se pode desprezar a questão de saber se tais juízos são a expressão de nossos impulsos, de nossas emoções e de nosso interesses, e portanto subjetivos e inteiramente irracionais, ou se, ao contrário, existe uma *lógica dos juízos de valor*". PERELMAN, Chaïn. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.

²¹ Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 20 e 21.

²² Segundo Karl Larenz, "Se o juízo de valor é expressão de uma tomada de posição, esta é, antes de tudo, a de quem em cada caso haja de julgar. Mas disso não deve concluir-se que o juízo de valor seja só um enunciado sobre o acto de valoração empreendido internamente por aquele que

valor são juridicamente relevantes e a tal ponto que de sua correção depende a correção das sentenças jurídicas. Assim sendo, se queremos correção na sentença jurídica e na decisão judicial, importa, pois, com urgência, e de modo imprescindível, estabelecer racionalmente critérios legítimos para a correta valoração na atividade jurisdicional.

3 A NECESSIDADE DE VALIDAÇÃO RACIONAL DOS JULGAMENTOS DE VALOR PRESSUPOSTOS NA DECISÃO JUDICIAL

A jurisprudência não pode prescindir de julgamentos de valor e isso traz como implicação necessária que o jurista ao formular a sentença jurídica e a decisão judicial não pode assumir uma postura neutral, como, ingenuamente, pretende a compreensão positivista do direito. Isso, porém, não implica que a aplicação da lei deva dar espaço livre às próprias convicções morais (subjetivas) do aplicador do direito, pois, se assim fosse, a interpretação e a aplicação do direito seriam fortemente marcadas por um alto grau de decisionismo subjetivo e, por consequência, suas decisões teriam um alto grau de arbitrariedade, carecendo, portanto, de legitimidade racional. Há, por conseguinte, na interpretação e aplicação do direito a necessidade de uma valoração não arbitrária, isto é, uma valoração criteriosa que confira um grau de confiabilidade e, portanto, de credibilidade à jurisprudência. Como, então, resolver essa necessidade de uma criteriosa valoração na interpretação e aplicação do direito, de tal modo que haja confiabilidade e credibilidade na mesma?

Alguém poderia propor como critério de valoração para quem decide o se ater aos julgamentos de valor pretensamente universais (ou seja, válido para todos os homens) ou o se ater a julgamentos de valor de um grupo específico (por exemplo: juizes, advogados, sacerdotes, gangsters, etc). Isso, porém, não resolve a nossa questão, pois, no primeiro caso, como aferir que os julgamentos de valor propostos são realmente universais, uma vez que cada intérprete, sendo marcado por sua cultura, época e tradição, entendem diferentemente o que deve ser tomado como valor universal²³. Assim sendo, há sempre divergentes julgamentos de valor com igual pretensão de universalidade e a questão que se coloca, portanto, é a de saber qual valor ou quais valores (pretensamente universais) devem ser tomados como critérios para a formulação da legítima interpretação e aplicação do direito.

Uma vez não se conseguindo estabelecer, satisfatoriamente, a pretensa

julga" (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1997, p. 409), pois, "se os juízos de valor englobam a pretensão de serem válidos, tal deve ser válido para os juízos de valor jurídicos, que se estribam no apelo às pautas de valoração do ordenamento jurídico. LARENZ, Karl. Op. Cit. p. 409.

²³ A título de exemplo, alguns acham que o direito à propriedade privada dos meios de produção é um valor universalmente aceito como válido, porquanto é tido como um direito natural, eterno e imutável. No entanto, outros, acham que não só a propriedade privada dos meios de produção não é um valor universal, mas, inclusive, é a causa de todos os males na sociedade, sendo, portanto, um valor negativo. Quem está com a razão? Com quais critérios podemos decidir a respeito?

universalidade da valoração, há ainda a possibilidade de tomar como critério julgamentos de valor específicos, de grupos específicos (como é o caso dos de grupos de advogados, de juízes, etc), porém, mesmo no seio desses grupos há interpretações muito diferentes e se não tivermos um critério adequado para decidir qual das interpretações diferentes é a melhor, então, não temos como escapar do decisionismo arbitrário na decisão judicial e na formulação da sentença jurídica, no caso, o decisionismo arbitrário de grupos específicos (juízes, advogados, etc).

Podemos dizer, então, que há a necessidade de se estabelecer parâmetros críticos racionais, institucionalizados, que possibilitem um maior rigor na formulação de julgamentos de valor orientadores da interpretação e da aplicação do direito. Ora, se o juiz, ao formular a sentença jurídica e a decisão judicial, afeta a vida, a liberdade, os bens, etc dos destinatários das normas jurídicas, então, importa que a sua decisão, apoiada, também, em julgamentos de valor, seja formulada com o máximo de correção possível²⁴. Assim sendo, se faz necessário um modelo que estabeleça critérios suficientes que justifiquem a pretensão de correção da sentença jurídica e da decisão judicial²⁵.

Alguém poderia, ainda, propor como critério a coerência interna com a ordem jurídica tomada em sua totalidade. A coerência com a ordem jurídica é algo necessário, mas não suficiente, pois não tem força normativa suficiente para resolver, de modo satisfatório, a formulação criteriologicamente relevante da formulação dos juízos de valor condicionantes da decisão. Ora, “As diferentes normas são cristalizações de perspectivas bem diferentes, muitas vezes divergentes, de valoração”²⁶ e a tal ponto que “nenhum princípio é irrestrito em sua aplicação prática”²⁷, além disso, uma vez que nem sempre fica claro o julgamento de valor que serve de expressão para a norma jurídica, há sempre a necessidade de tomar uma decisão quanto à valoração pertinente ao caso; e como há sempre várias perspectivas de avaliação implícitas em cada caso, há a necessidade de escolher de modo confiável, logo, não subjetivo, a melhor perspectiva de avaliação. Assim sendo, embora as perspectivas de avaliação formuladas na constituição, bem como em outras leis ou incorporadas em uma variedade de normas e decisões são relevantes para qualquer tomada de decisão, elas não excluem a necessidade da formulação de juízos de valor que orientem a formulação da sentença jurídica e a tomada de decisão judicial, antes, a pressupõem.

Alguém poderia propor, ainda, como critério de valoração para quem decide o apelo a uma pretensa ordem objetiva de valores, como por exemplo: a) uma ordem

²⁴ No horizonte de compreensão de Alexy, podemos dizer que quando o juiz decide em nome do povo, por um lado, ele não pode, em nome de suas convicções pessoais, ser indiferente às convicções valorativas daqueles em cujo nome decide e, por outro lado, não pode, também, simplesmente, negligenciar os resultados das deliberações de gerações de advogados. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 23).

²⁵ Conforme Alexy, esse critério não deve excluir a consideração das convicções comumente aceitas e nem o resultado de prévias discussões jurídicas. Importa, porém, compreender que a simples consideração das convicções comumente aceitas, em conjunto com a consideração das prévias discussões jurídicas, não são critérios suficientes para a formulação de uma sentença jurídica ou de uma decisão judicial correta. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 23).

²⁶ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 23.

²⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 23.

objetiva independente do direito positivo existente, expressa numa série de doutrinas do direito natural ontológico. Tal proposta pressupõe premissas filosóficas altamente questionáveis, entre elas, a de que há uma inquestionável ordem ontológica de valores com força criteriológica suficiente para orientar a formulação dos juízos de valor orientadores da tomada de decisão do juiz; tal premissa e, por conseqüência, a proposta que a pressupõe, são carentes de fundamentação suficiente, pois se levarmos em consideração a crítica filosófica a uma ontologia de valores, ou a concepção idealista-objetiva dos valores, tal como elaborada pela filosofia moderna de Kant²⁸ ou, ainda, e principalmente, as críticas filosóficas a uma ontologia de valores, elaboradas pela filosofia do século XX, tal como as feitas pela filosofia analítica, pela hermenêutica alemã, pelo pragmatismo americano e anglo-saxônico, pelo racionalismo crítico, bem como pela pragmática transcendental de Apel²⁹, então, sustentar a possibilidade racional de uma ontologia dos valores, relevante epistemologicamente, é uma tarefa que tem se mostrado racionalmente insustentável e de tal modo que adotar tal ontologia como critério para a formulação da sentença jurídica e da decisão judicial é algo não só dogmático, mas, também, ao mesmo tempo, arbitrário.

Conforme vimos anteriormente, é sustentável afirmar que nenhuma das propostas acima apresentadas e nem tampouco a combinação delas parece solucionar o problema da justificação e, portanto, o problema da legitimidade dos julgamentos jurídicos. No entanto, se queremos atribuir um suficiente grau de confiabilidade na formulação dos julgamentos jurídicos e, com isso, evitar um forte grau de decisionismo subjetivo e, por conseguinte, evitar um forte grau de arbitrariedade nos julgamentos jurídicos, então, urge que se constitua um critério ou critérios para a sua validação racional.

Essa necessidade de critérios para a validação racional dos julgamentos jurídicos se torna mais patente na medida em que nas sociedades plurais da contemporaneidade membros da mesma comunidade jurídica, com diferentes valores e diferentes visões de mundo, têm que conviver juntos e sob a regência da mesma ordem jurídica, a qual, ao invés de evitar a pluralidade e a diversidade (como em sociedades totalitárias e autoritárias), deve garanti-las. Em sociedades pluralistas sempre surgem interpretações diferentes para diferentes problemas, de modo que um consenso fático que seja suficiente para lidar com as questões práticas postas é muito raro. Não só nessas sociedades, mas, também, em suas ordens jurídicas, e de igual modo entre os juristas das mesmas, há diversidade, e até mesmo divergência de valores, razão pela qual “Valores divergentes sempre aparecem dentro da estrutura geral de uma ordem jurídica e esses podem levar a resultados divergentes em sua aplicação a casos concretos particulares”³⁰, uma vez que sua aplicação requer interpretação valorativa, a qual é sempre condicionada pelo horizonte valorativo do intérprete.

²⁸ Sobre a impossibilidade epistêmica de uma ontologia jurídica, verificar em COSTA, Reginaldo da. *Ética e Filosofia do Direito*. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2006, pp. 15-26.

²⁹ Verificar a esse respeito em COSTA, Reginaldo da. *Ética do Discurso e Verdade em Apel*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

³⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 25.

Assim sendo, podemos afirmar que a decisão judicial e a formulação da sentença jurídica são, sempre, baseadas em julgamentos de valor da pessoa que decide, julgamentos de valor esses que, se não são suficientemente justificados do ponto de vista da razão, são muitas vezes arbitrários e irracionais. Uma vez que há uma pretensão de legitimidade na tomada de decisão judicial e uma vez que a dogmática jurídica e a jurisprudência pretendem ter caráter científico, elas devem, então, evitar o máximo possível o decisionismo, a arbitrariedade e a irracionalidade, o que só é possível se partirem de critérios racionais, normativos, que sejam suficientes para garantir confiabilidade a seus julgamentos de valor, explícitos ou implícitos.

4. A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Alexy se propõe a encontrar uma solução para o problema da validade dos julgamentos jurídicos e é com essa intenção que ele pretende elaborar uma proposta que incorpore as grandes conquistas da filosofia da linguagem contemporânea e, por conseguinte, que incorpore as grandes conquistas da ética contemporânea. É nesta perspectiva, que ele irá apontar o discurso jurídico, com sua capacidade legitimadora, como um caminho promissor para tal empreitada.

Assim sendo, para Alexy, se torna um ponto central a reflexão sobre a argumentação jurídica e suas possibilidades como mediação para a efetivação do discurso jurídico, de modo que em seu empreendimento se faz necessária a elaboração de uma teoria da argumentação jurídica. Segundo ele, inicialmente, a argumentação jurídica deve ser compreendida como uma atividade lingüística que se preocupa com a correção das afirmações normativas. Essa atividade lingüística, que ocorre da Corte à sala de aula, se preocupa com a correção das afirmações normativas, podendo ser definida como discurso prático, porém, somente como um caso especial do discurso prático em geral³¹.

Em seu entendimento o discurso jurídico pode ser compreendido de modos bem diferentes, ou seja: ele pode ser compreendido do ponto de vista empírico, analítico ou normativo. A compreensão é *empírica* “quando descreve ou busca explicar a frequência de dado tipo de argumentos, a correlação entre determinados grupos de oradores, situações de discurso e o uso de determinados argumentos ou sua aplicação”³² ou, ainda, quando descreve ou busca explicar “a força dos argumentos, a motivação para usar determinados argumentos ou as concepções predominantes em determinados grupos sobre a validade dos argumentos”³³. Em sua concepção, o trabalho teórico associado a esse tipo de entendimento da argumentação jurídica pertence ao estudo comportamental das práticas jurídicas em geral e da atividade judicial em particular,

³¹ Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 25.

³² ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 26.

³³ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 26.

tendo, portanto, de ser efetivado com os métodos da ciência social³⁴. A compreensão é *analítica* quando nela se trata da estrutura lógica encontrada de fato ou nos possíveis argumentos e, finalmente, ela é *normativa* quando propõe e justifica os critérios para a racionalização do discurso jurídico³⁵.

Em sua pesquisa sobre a argumentação jurídica, é pretensão de Alexy examinar os critérios para a racionalidade do discurso jurídico. Em seu entendimento o método adotado em sua investigação deve ser definido como normativo-analítico, pois a elaboração desses critérios inclui uma análise lógica da estrutura das justificações. Pode-se dizer, portanto, que ele pretende desenvolver uma teoria normativa e analítica do discurso jurídico.

Sua tese fundamental consiste na afirmação de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático em geral. Assim sendo, há pontos comuns e diferenças entre o discurso jurídico e o discurso prático em geral. Ora, para ele “o ponto comum do discurso jurídico e do discurso prático em geral é que as duas formas de discurso se preocupam com a correção das afirmações normativas”³⁶, de modo que “tanto na afirmação de uma constatação prática geral, como na afirmação de uma constatação jurídica se propõe a reivindicação de correção”³⁷. A diferença básica, que faz do discurso jurídico um caso especial do discurso prático em geral, consiste em que o discurso jurídico acontece no contexto de uma série de condições limitadoras, a saber: a) seu caráter de ligação com a lei; b) a consideração pelos precedentes; c) a inclusão da dogmática usada pelo direito; e, d) embora isso não valha para o discurso da ciência jurídica, sua sujeição às regras de ordem processual.

Assim sendo, a pretensão de validade ou a reivindicação de correção de qualquer

³⁴ Na compreensão de Alexy sobre a ciência social há uma tomada de posição, implícita, e até mesmo explícita, no sentido de que a ciência social trabalha com meros entendimentos empíricos, embora ele não explicite de forma clara que é esse entendimento empírico e qual o seu método. Importa, porém, esclarecer que a compreensão alexyana da ciência social, muito provavelmente, não só é ingênua (acrítica), mas, também, não é a mais adequada, pois há boas razões que justifiquem as seguintes teses: a) o método das ciências sócias não pode ser reduzido à metodologia de uma ciência com abordagem meramente descritiva; b) o método das ciências sociais está mais próximo de uma metodologia das ciências hermenêuticas (ou compreensivas); e, c) nas ciências sociais há, sempre presente, uma dimensão valorativa, de modo que nelas há não só uma mera descrição, mas a formulação de uma compreensão que pressupõe uma interpretação a partir de elementos axiológicos, explícitos ou implícitos, e, portanto, a partir de uma tomada de posição, devendo, por conseguinte, as ciências sociais serem ciências críticas. (A esse respeito verificar o capítulo quarto, intitulado *O a priori da comunidade de comunicação como pressuposto pragmático-transcendental das ciências sociais críticas*, em COSTA, Reginaldo da. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002).

³⁵ Segundo Alexy, na doutrina do método jurídico tradicional da Alemanha se fundem essas três formas de compreensão. Para ele, entre as três existe uma série de relacionamentos, de modo que, por exemplo, “a abordagem empírica pressupõe ao menos uma classificação grosseira dos diversos tipos de argumentos. A perspectiva normativa exige conhecimento das estruturas lógicas dos possíveis argumentos” (ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 26) e a relação entre a abordagem normativa e a empírica pode resultar em perguntas como: “a opinião predominante em um grupo é critério suficiente para a sua racionalidade?” (ALEXY, Robert. Op. Cit. p.26).

³⁶ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.26

³⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.26

enunciado jurídico e, por conseqüência, as pretensões de validade da decisão e da sentença judiciais estão sujeitas a dois fatores condicionantes, ou seja: em primeiro lugar, elas estão sujeitas às condições limitadoras do discurso jurídico e, em segundo lugar (no escopo dessas condições limitadoras), elas são legítimas na mesma medida em que são racionalmente justificáveis. Importa, pois, esclarecer em que consiste a justificação racional dos enunciados jurídicos. A tarefa fundamental é, por conseguinte, esclarecer o que é a justificação racional no escopo das condições limitadoras às quais está sujeito o discurso jurídico.

Para tal esclarecimento, se faz necessário, em primeiro lugar, elucidar o que realmente se quer dizer quando se afirma que uma sentença normativa é racionalmente justificável e é com base nessa elucidação que Alexy formula uma teoria do discurso prático racional³⁸. O cerne da teoria alexyana do discurso prático racional é composto de um total de 22 regras explicitamente formuladas, bem como de uma tábua de 6 formas de argumentos.

Segundo Alexy, a eficácia dessas regras e formas de argumento não deve ser superestimada ou subestimada. Para ele, elas não são axiomas dos quais são deduzidas certas afirmações normativas, mas um grupo de regras e de formas, de vários *status* diferentes, mediante as quais podemos formular argumentos que nos levem a um maior grau de correção das conclusões que se pretende formular. Assim sendo, “as regras do discurso racional prático não prescrevem as premissas das quais as partes de qualquer discurso devem partir”³⁹ e de tal modo que o ponto de partida de qualquer discurso prático consiste das convicções inicialmente dadas pelos parceiros do discurso, tais como: a) a convicção dos pressupostos normativos dos fatos; b) a convicção dos desejos e necessidades percebidos; e c) a convicção da informação empírica processada pelos oradores⁴⁰.

Pode-se dizer, então, que as regras do discurso prático mostram como a partir dos pressupostos iniciais, dados pelos parceiros do discurso, se pode chegar a afirmações normativas bem fundamentas. Assim sendo, “as regras do discurso definem um processo de tomada de decisão, no qual é incerto o que deve formar a base da decisão e no qual

³⁸ Na tentativa de formulação de uma teoria geral do discurso prático racional, Alexy dialoga com diversas propostas, entre elas: a) teorias da filosofia moral analítica (Steveson, Hares, Toulmin e Baier); b) a teoria consensual da verdade de Habermas; c) a teoria da deliberação prática da Escola de Erlangen (Lorenzen e Schwemmer); e, d) a teoria da argumentação de Perelman. Não pretendemos nesse trabalho expor a interpretação de Alexy acerca dessas diversas teorias e nem tampouco esclarecer o que delas ele incorpora ou que delas ele rejeita em sua proposta (Verificar em ALEXY, Robert. Op. Cit. pp. 45-90)

³⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.28.

⁴⁰ Importa compreender que esse ponto de partida é sempre variável, pois se pode partir de convicções normativas, desejos, necessidades e informações empíricas diferentes. Assim sendo, mesmo que se use o mesmo procedimento no discurso prático (as regras e as formas do discurso prático), uma vez que os pontos de partida podem ser diferentes, os resultados oriundos do discurso prático serão, também, diferentes. Importa, também, perguntar a Alexy se não há como avaliar a validade das premissas ou pontos de partida, pois caso isso não seja possível, apesar do uso do procedimento do discurso, poderemos partir de premissas falsas ou incorretas, o que condicionará e prejudicará a pretensão de validade da conclusão, pois, como já nos ensinou a lógica clássica, se partirmos de premissas falsas, muito provavelmente as conclusões serão também falsas.

nem todos os passos estão prescritos⁷⁴¹, o que, na compreensão de Alexy é, por um lado, uma deficiência, e, por outro, uma vantagem.

Conforme Alexy, a vantagem consiste em que “a base geral da decisão e uma série de passos isolados no processo de toma de decisão não são estabelecidos por quaisquer teóricos da teoria da decisão (...) porém ficam a critério das pessoas mais diretamente implicadas⁷⁴², pois, se assim não fosse, teriam também os teóricos da teoria da decisão de estabelecer os pontos de partida dos discursos práticos, o que não é razoável pois o fariam com base em suas próprias opiniões e convicções pessoais, as quais seriam pressupostas, mas, não validadas. A desvantagem se dá na medida em que as bases são incertas, isto é, postas e pressupostas com base nas convicções dos participantes do discurso.

Nesta perspectiva, conforme Alexy, “Podemos entender a tarefa da teoria do discurso precisamente como a de criar normas que, por um lado, sejam suficientemente fracas, portanto, de pouco conteúdo normativo, (...) e, por outro lado, sejam fortes, que qualquer discussão baseada nelas seja designada como racional⁷⁴³. A essa fraqueza de conteúdo agrega-se, ainda, o fato de que algumas das regras do discurso só podem ser cumpridas por aproximação. Nesse contexto, alguém poderia objetar a validade das regras do discurso afirmando que suas fraquezas impossibilitam que através do discurso se chegue a qualquer certeza final, o que para Alexy não invalida o discurso e suas regras, pois, apesar disso, elas são de considerável importância como um critério para julgar a correção das afirmações normativas.

No entendimento de Alexy, embora as regras do discurso não possam produzir no campo do que é discursivamente possível qualquer tipo de certeza final, elas servem como um instrumento crítico para excluir tudo o que não seja racional em uma justificação objetiva. Ora, para ele, uma norma ou diretriz isolada que satisfaça os critérios determinados pelas regras do discurso pode ser considerada racionalmente ‘justa’, razão pela qual a teoria do discurso revela-se um empreendimento promissor para a teoria jurídica. Assim sendo, “a teoria do discurso é um dos caminhos (...) possíveis de analisar o conceito tão central de jurisprudência⁷⁴⁴, pois a aplicação das regras do discurso prático possibilitam o estabelecimento de uma justificação racional não só para sentenças normativas do discurso prático em geral, mas, também, guardadas as devidas distinções, para as sentenças normativas do discurso jurídico.

Após a elucidação do que realmente se quer dizer quando se afirma que uma sentença normativa é racionalmente justificável e após o esclarecimento da mediação

⁴¹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.28.

⁴² ALEXY, Robert. Op. Cit. p.28. Uma vez que o resultado do discurso afeta as pessoas envolvidas e uma vez que os pressupostos que formam a base do discurso condicionam o resultado, conforme Alexy nada mais razoável do que deixar para os próprios envolvidos no discurso o estabelecimento desses pressupostos. Cabe, porém, aqui a indagação sobre a validade desses pressupostos, pois se não há um critério para a validação desses pressupostos, os mesmos são arbitrários; além disso, na medida em que eles, junto com o discurso, condicionam os resultados, em sendo eles arbitrários, o resultado do discurso será fortemente marcado pela arbitrariedade.

⁴³ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.28.

⁴⁴ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.29.

da teoria do discurso para tal afirmativa, tematizemos, em sua especificidade, o discurso jurídico e sua justificação racional. Como vimos anteriormente o discurso jurídico é uma expressão particular do discurso prático, expressão essa que caracterizada por se efetivar sob condições limitadoras. Desse modo, o discurso jurídico se distingue do discurso prático geral pelo fato de ser restrito em sua efetivação pelos seguintes elementos determinantes: a) pelo estatuto; b) pelos precedentes; c) pela dogmática legal⁴⁵; e, no caso dos procedimentos judiciais, d) pela legislação e regulamentações processuais. As razões da razoabilidade, da aceitabilidade e da necessidade dessas restrições do discurso jurídico se devem a que ele tem de resolver questões práticas em um curto espaço de tempo e para tal não podemos partir nem do amplo alcance do que é meramente possível discursivamente e nem do amplo alcance da natureza experimental de quaisquer conclusões possíveis.

Nesta perspectiva, conforme Alexy, no discurso jurídico devemos partir de algumas presunções, ou seja: “Pode-se presumir que quaisquer participantes num processo de deliberação racional (...) decidiram a favor da inclusão de procedimentos para criar regras de lei positiva, bem como procedimentos para a análise científica e para a aplicação dessas regras”⁴⁶. Assim sendo, pode-se presumir que tais participantes “decidiram a favor da institucionalização de estudos jurídicos científicos e de alguma forma, não necessariamente a praticada correntemente, de discurso judicial”⁴⁷, o qual se efetiva sob as condições limitadoras a cima mencionadas⁴⁸.

Uma vez que o discurso jurídico ocorre sob condições limitadoras, importa investigar como essas condições limitadoras devem ocorrer na prática. Para esse desiderato será necessária a determinação não só das regras segundo as quais as condições limitadoras devem ser levadas em conta, mas, também, determinar as formas de argumentos que se articulem com referência a elas⁴⁹. Conforme Alexy, na perspectiva dessa determinação, há um problema importante a ser examinado, que é o seguinte: “a questão do relacionamento do discurso jurídico com a argumentação prática em geral”⁵⁰.

A resposta a essa questão pode tomar dois vetores distintos, isto é, o vetor que defende a subordinação do discurso jurídico ao discurso prático em geral e o vetor que rejeita tal subordinação. O primeiro vetor, afirma que a justificação de um enunciado

⁴⁵ No entendimento de Manuel Atienza, “A dogmática é, sem dúvida, uma atividade complexa, na qual cabe essencialmente distinguir as seguintes funções: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico”. ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p.19.

⁴⁶ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.29.

⁴⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.29.

⁴⁸ Importa lembrar que ao procedimento do discurso prático em geral não se impõem como pressupostos necessários a inclusão de procedimentos para criar regras da lei positiva, a obrigatoriedade da lei positiva e nem sua aplicação nos tribunais.

⁴⁹ Conforme Alexy, nessa perspectiva, é possível fazer uma distinção entre as regras e formas que são válidas para todos os tipos de discurso jurídico e aquelas que representam um papel em apenas determinadas formas de discurso. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p.29).

⁵⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.30.

jurídico se dá através dos critérios do discurso prático em geral e que a justificação jurídica apenas serve como legitimação secundária de qualquer conclusão que se chegue a esse respeito. Segundo essa tese, “sempre que houver casos em que a solução não pode ser derivada conclusivamente da lei, o discurso jurídico não passa de um discurso prático em geral por detrás de uma fachada jurídica”⁵¹.

O segundo vetor, rejeita a tese da subordinação e defende a suplementação ou a integração. Quem defende a suplementação, sustenta que “a argumentação jurídica só pode ir até uma parte do caminho, chegando a um ponto em que os argumentos jurídicos não estão mais disponíveis”⁵², sendo necessária, então, a intervenção da argumentação prática geral. Por sua vez, quem defende a integração, e essa é a posição de Alexy, sustenta que argumentos especificamente jurídicos e argumentos práticos gerais devem ser combinados em todos os níveis e aplicados conjuntamente”⁵³.

Adotando a tese da integração, Alexy se vê diante da necessidade de estabelecer critérios a partir dos quais essa integração deve ser legitimamente efetuada, de modo que haja no discurso jurídico, que não é restrito a elementos especificamente jurídicos, sua conciliação não só com a lei positiva, mas, também, com os elementos dogmáticos. O estabelecimento desses critérios de integração é um dos objetivos da teoria da argumentação jurídica de Alexy, embora o objetivo fundamental seja o estabelecimento de critérios para a argumentação jurídica e, por consequência, para o estabelecimento de sua necessária função na formulação de julgamentos jurídicos racionalmente válidos.

5. A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

No entendimento de Alexy, a discussão metodológica demonstra que há a necessidade de uma nova formulação de uma teoria da argumentação jurídica racional que não pode ser confundida com a proposta da tópica, pois a mesma tem uma série de limites que devem ser superados em uma teoria da argumentação jurídica adequada ao enfrentamento da demanda de justificação racional dos julgamentos jurídicos nos tempos atuais.

5.1 – A teoria tópica e seus limites.

Antes de desenvolver sua teoria da argumentação jurídica, para que não hajam compreensões equivocadas, Alexy considera necessário fazer a distinção da sua proposta frente à teoria tópica⁵⁴. Para ele, nesse contexto, o que

⁵¹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.30.

⁵² ALEXY, Robert. Op. Cit. p.30.

⁵³ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.30.

⁵⁴ Para Viehweg, “A tópica é uma técnica de pensar por problemas desenvolvida a partir da retórica” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p.16), de modo que “O aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica de pensamento que está orientada para o *problema*” (VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 33) e mais,

se deve entender por tópica “pode significar 3 coisas diferentes: 1) uma técnica de buscar premissas para um argumento; 2) uma teoria quanto à natureza das premissas; e 3) uma teoria sobre a aplicação das premissas nos argumentos justificativos da lei”⁵⁵. Assim sendo, em seu entendimento, a teoria dos tópicos, como uma técnica de busca de premissas, defende a consideração de todo ponto de vista possível que se relacione com a questão em pauta.

Na compreensão de Alexy, a teoria tópica considerada como teoria da natureza das premissas é do maior interesse, porém, ela tem limitações, e não somente como teoria das premissas, com as quais ele não concorda. Segundo essa teoria sempre que uma argumentação se origina de um topos (*topoi*⁵⁶) como ponto de partida, as proposições tomadas como ponto de partida são consideradas plausíveis, razoáveis, geralmente aceitas⁵⁷ ou prováveis, não sendo as mesmas consideradas, portanto, nem verdades provadas e nem afirmações da vontade arbitrária⁵⁸.

Ora, para Alexy, essa teoria, enquanto teoria das premissas, é parcialmente falsa, pois “não diferencia suficientemente entre as várias premissas necessárias para o processo de uma justificação jurídica das decisões”⁵⁹; além disso, ela é falsa, não só por não fazer justiça ao papel representado pelas normas legais mencionadas no discurso jurídico, mas, também, por sua “incapacidade de fazer (...) justiça ao caráter de autoridade da argumentação jurídica no contexto da dogmática jurídica institucionalmente perseguida e no contexto do caso de precedentes jurídicos”⁶⁰; ora, para ele, uma teoria da argumentação jurídica deve fazer justiça tanto ao *status* da dogmática jurídica, quanto ao *status* dos precedentes.

Pode-se dizer, ainda, que a tópica, além do fracasso em entender a importância da lei, da dogmática e dos precedentes, tem como problema fundamental sua orientação para estruturas superficiais de argumentos padrão, como, por exemplo: <não se pode exigir nada de impossível> ou <tudo o que é intolerável não tem força de lei>. Ora, importa refletir sobre a suficiência legitimadora desses argumentos, eles de nada

ainda, “ela apresenta uma estrutura espiritual que inclusive em suas particularidades se distingue claramente de uma estrutura dedutivo-sistemática” VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p.16.

⁵⁵ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.31. Na compreensão de Viehweg, “a Jurisprudência, como técnica que está a serviço de uma aporia, deve corresponder com os pontos essenciais da tópica” (VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 25) de modo que é preciso descobrir na tópica a estrutura que convém à jurisprudência.

⁵⁶ Segundo Viehweg, “a expressão <<topoi>> criada por Aristóteles aparece na *Tópica* no final do primeiro livro” VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 25. (verificar a esse respeito em, ARISTÓTELES. *Organon. V. Tópicos*. Lisboa: Guimarães Editores, LDA. 1987, p. 47).

⁵⁷ Conforme Viehweg, “*Topoi*” são para *Aristóteles* (...) pontos de vista empregáveis em muitos sentidos, aceitáveis universalmente, que podem ser empregados a favor e contra ao opinável e podem conduzir à verdade” VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. pp. 24 e 25.

⁵⁸ No entendimento de Viehweg, “A função dos topoi, e é indiferente que esses topoi se apresentem como topoi gerais ou como topoi especiais, consiste, pois, no fato de servir à discussão de problemas. Disso decorre, que eles devem ter uma especial importância quando se trata da esfera de problemas determinados, cuja natureza vem sendo o fato de não perder de todo o caráter problemático” VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 39.

⁵⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.31.

⁶⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.31.

adiantam quando não há acordo sobre o que intolerável ou impossível. Como, então, decidir o que é intolerável ou impossível? Para Alexy, não se pode responder a essas questões criando afirmações adicionais do mesmo nível de generalidade, pois isso seria apenas fugir a questão.

Assim sendo, a tópica, com sua exigência de que sejam considerados todos os aspectos é uma teoria problemática, pois ela nada diz qual e porque esse ou aquele aspecto é decisivo e nem o que deve contar prioritariamente como premissa. Para Alexy, embora seja verdadeira a tese de Viehweg de que a discussão é o único fórum de controle, ele não oferece critérios suficientes para a validade racional da discussão e, por conseguinte, para a validade racional de seu resultado. Ora, sabemos que o resultado de uma discussão, mesmo sendo consensual, pode não ser um resultado válido, pois a discussão sem regras racionais suficientes que a norteiem e a limitem pode, facilmente, levar a conclusões irracionais. Conforme Alexy, Struck menciona várias dessas regras, porém, ele as considera inadequadas, porquanto elas não contêm nada sobre o papel da lei, da dogmática e dos precedentes.

Apesar da contribuição e dos esforços da tópica⁶¹, podemos dizer que a tópica fracassou e que seus fracassos se deram, por um lado, porque ela subestimou a importância da lei, da dogmática e dos precedentes, e, por outro lado, por ela ter oferecido um conceito pouco preciso de discussão e uma análise insuficiente da estrutura da argumentação⁶². Para Alexy, devido às limitações da tópica, se faz, então, necessária uma teoria da argumentação que, diferentemente da tópica, supere a superficialidade de seus critérios de validade racional dos julgamentos jurídicos e que, com isso, consiga estabelecer, através de critérios racionais suficientes, uma conexão conceitual entre as idéias de justificação, de discussão e de decisão racionais para o campo dos julgamentos jurídicos; e é uma teoria da argumentação jurídica capaz de superar essas limitações e realizar essa conexão conceitual a que ele pretende desenvolver.

6. A DISCUSSÃO METODOLÓGICA COMO REVELADORA DA NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA RACIONAL CONTEMPORÂNEA.

No entendimento de Alexy, sua proposta de teoria da argumentação

⁶¹ Para Viehweg a tópica afasta a jurisprudência do modelo axiomático-dedutivo e faz com que ela não se converta em um método. Nessa perspectiva, ela deu grandes contribuições para a jurisprudência, ou seja: “a tópica tem prestado grandes serviços à jurisprudência” (VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 77) e “é próprio dela fazer com que a jurisprudência não possa converter-se, num método” (VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 77); para Atienza, “Apesar de todas as críticas, a obra de Viehweg contém algo importante: a necessidade de racionar também onde não cabem fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica”. ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p.77.

⁶² Assim, também, pensa Atienza, pois, conforme seu entendimento, “é necessário reconhecer que na tradição do pensamento da tópica jurídica inaugurada por Viehweg pode-se encontrar sugestões e estímulos de inegável valor para quem deseja começar a estudar – e a praticar – o raciocínio jurídico; mas, por si mesma, ela não fornece uma base sólida sobre a qual se possa edificar uma teoria da argumentação jurídica”. ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p.79.

jurídica vai ao encontro das necessidades da atual discussão metodológica. Para ele, não só Viehweg, mas, também, Hassemer, Rödiger, Esser e Kriele advogam a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica. Enquanto Viehweg “acha necessário elaborar uma teoria da argumentação jurídica como retórica inteiramente desenvolvida e atualizada”⁶³, Hassemer fala da “necessidade de uma teoria da argumentação jurídica como um dos mais urgentes desejos da ciência jurídica”⁶⁴ e Rödiger assinala que “os juizes (...) têm também de entender como argumentar racionalmente em áreas nas quais as condições prévias de provas lógicas não existem”⁶⁵.

Além disso, a Corte constitucional alemã ao estabelecer que o Direito não é idêntico à totalidade das leis, indica abertamente a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica, o que se evidencia quando ela compreende que:

“A tarefa de administrar a justiça segundo a lei às vezes pode exigir em particular que (...) julgamentos de valor inerentes à ordem constitucional, mas que não têm nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes da lei, devem ser revelados e realizados nas decisões atuais por um ato de cognição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário”⁶⁶.

Assim sendo, uma vez que há esse elemento discricionário na atividade julgadora do juiz, se não houver um critério legítimo para o exercício dessa discricionariedade, as decisões e as sentenças dos juizes podem ser arbitrárias (logo, ilegítimas) e os juizes, na mesma medida em que pretendem correção em seus julgamentos, devem se precaver e evitar essas arbitrariedades. Ora, para evitar essa possível arbitrariedade se faz necessária a fundamentação das decisões através de uma argumentação racional.

Nesse horizonte, se a lei escrita não é suficiente para prover uma justa resolução de problemas legais, então, essa insuficiência é sanada quando a decisão judicial se apóia, também, nos critérios da razão prática, que contribuem para uma implementação dos conceitos de justiça da comunidade. Nesse contexto, importa que se explicita, com toda clareza possível, o que se deve entender por <argumentação racional> e por <razão prática>. Conforme Alexy, embora suas propostas de teoria da argumentação jurídica deixem a desejar, Esser e Kriele advogam a possibilidade da argumentação jurídica racional relevante⁶⁷; pois bem, para Esser:

“existe essa racionalidade da argumentação exterior ao sistema dogmático e seus métodos – na medida em que a organização sobre o consenso de uma racionalidade de uma solução no enquadramento de

⁶³ VIEHWEG, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p.33.

⁶⁴ HASSEMER, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p.33.

⁶⁵ RÖDIG, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p.33.

⁶⁶ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.34.

⁶⁷ Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 34.

certas alternativas jurídicas constitui o verdadeiro processo de persuasão da lei”⁶⁸.

Embora Esser, como identificamos na citação acima, tenha ressaltado a importância da argumentação racional para a justificação da decisão jurídica frente às alternativas jurídicas - com vistas ao consenso jurídico -, no entendimento de Alexy, sua concepção peca por não apresentar o conceito de argumentação racional e nem o conceito de consenso. Kriele, por sua vez, considera que o conceito de razão é um dos conceitos centrais da ciência jurídica, razão pela qual sustenta a tese de que considerações de razão correta governam toda a lei. Assim sendo, para ele, representa papel decisivo dos tipos de argumentação racional a deliberação sob as conseqüências das máximas que subjazem a um julgamento, conseqüências essas que devem ser abordadas do ponto de vista do interesse geral ou, no caso de conflitos de interesse, do ponto de vista do interesse mais fundamental. Na compreensão de Alexy, essa proposta de Kriele também deixa a desejar, pois ela não fornece critérios suficientes para a determinação do que é o interesse geral ou para a determinação do que deve ser considerado o interesse mais fundamental; isso ocorre, principalmente, porque em sua teoria não está claro o papel dos tipos de argumentação racional⁶⁹.

Apesar das limitações das propostas de Esser e Kriele, elas apontam para a necessidade de que metodologia jurídica contemporânea elabore uma teoria da argumentação jurídica racional que seja suficiente para atender à demanda de menos arbitrariedade e de maior correção e, portanto, de maior validade nos julgamentos jurídicos. Embora autores como Luhmann sustentem a tese de que não se podem fornecer critérios para estâncias de valor e, portanto, critérios para a inevitável valoração inerente às decisões judiciais, de modo a garantir sua pretensão de razoabilidade e, com isso evitar suas possíveis arbitrariedades, Alexy considera ser possível a construção de uma teoria racional da argumentação jurídica; teoria essa que, uma vez desenvolvida e implantada, poderá contribuir para evitar arbitrariedades nos julgamentos jurídicos e, com isso, aproximar o direito da correção e da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 1ª. Edição. São Paulo, Landy, 2001.

ARISTÓTELES. *Organon.V. Tópicos*. Lisboa: Guimarães Editores, LDA, 1987.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. São Paulo: Landy, 2002.

COSTA, Reginaldo da. *Ética e Filosofia do Direito*. Rio – São Paulo – Fortaleza,

⁶⁸ ESSER, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p.34.

⁶⁹ Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 34.

ABC Editora, 2006.

_____. *Ética do Discurso e Verdade em Apel.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1997

PERELMAN, Chäin. *Ética e Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Lógica Jurídica.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985,

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.



GADAMER, REVIRAVOLTA HERMENÊUTICA E DIREITO

Rui Verlaine Oliveira Moreira¹
Mário André Machado Cabral²

RESUMO

Neste artigo, as idéias estão divididas da seguinte forma: primeiro, são expostos alguns dos principais conceitos da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer (1900-2002), como pré-compreensão (*Vorverständnis*), tradição (*Tradition*), consciência histórica (*Wirkungsgeschichte*), fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*) e linguagem; depois, é discutido o papel de Gadamer na “reviravolta hermenêutica”, e como, a partir de sua teoria, são encarados o homem e a linguagem nessa mudança de perspectiva; e, finalmente, é traçado, também sob a visão gadameriana, o papel criativo e produtivo dos juristas na interpretação e aplicação do Direito. A conclusão se sustenta no fato de que, em todo o caminho da interpretação, inclusive no Direito, a linguagem é o elemento pressuposto para o “acontecer” da própria interpretação.

Palavras-chave

Gadamer. Reviravolta hermenêutica. Direito. Linguagem.

ABSTRACT

In this paper, the ideas are exposed in the following way: firstly, it is shown some of the special concepts of the Hans-Georg Gadamer's (1900-2002) philosophical hermeneutic, such as fore-understanding (*Vorverständnis*), tradition (*Tradition*), historically consciousness (*Wirkungsgeschichte*), fusion of horizons (*Horizontverschmelzung*) and language; then, it is discussed Gadamer's role in the so-called “hermeneutic turn” and the way man and language are faced within of view; finely, also through a gadamerian perspective, it is described the creative and productive function of the jurists while interpreting and applying the Law. The conclusion is based on the fact that, in the every step of interpretative process, including legal interpretation, language is an element presupposed by the occurrence of the interpretation itself.

Keywords:

Gadamer. Hermeneutic turn. Law. Language.

¹ Docente do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Lateranense, PUL, Itália. Pós-doutor pela Universidade de Colônia, U.K., Alemanha.

² Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Aluno do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo fundamental expor elementos constitutivos do pensamento de Hans-Georg Gadamer e sua relevância na *desproblematização* do Direito.

O trabalho tem três frentes de diálogo: primeiro, são discutidas algumas das idéias centrais da filosofia gadameriana, tais como pré-compreensão, tradição, consciência histórica, fusão de horizontes e, por fim, o destaque que Gadamer deu à linguagem, expondo, assim, um conjunto de conceitos essenciais para se entender seus posicionamentos em várias temáticas da filosofia e do Direito. Em seguida, é tratado o papel de Gadamer na “reviravolta hermenêutica” - que se encontra dentro de outro acontecimento maior, a “reviravolta lingüística” - e como essa virada influenciou a filosofia contemporânea, sobretudo quanto à superação do paradigma da filosofia da consciência e da metafísica clássica e à relevância dada, a partir de então, à linguagem. Por fim, discute-se acerca da importância da teoria gadameriana para uma interpretação do Direito mais adequada à realidade que a todos circunda. Para se ilustrar o papel do jurista quanto à compreensão e aplicação das normas jurídicas, enfatiza-se a função produtiva de quem interpreta as leis, em razão de não ser possível repetir ou reproduzir uma interpretação, desmistificando a função jurisdicional como técnica ou metodologia dogmática, fechada, das relações e decisões judiciais.

Na conclusão, usam-se os subsídios construídos ao longo do trabalho para se estabelecer que, não apenas em relação aos elementos da filosofia de Gadamer, mas quanto ao Direito, ao homem em suas relações e ao mundo dentro do qual se está mergulhado, a linguagem é condição e pressuposto para se exprimir esse mundo e o próprio ser do homem.

2 IDÉIAS CENTRAIS DE GADAMER³

2.1. Pré-compreensão.

Na esteira de Heidegger⁴, Hans-Georg Gadamer fala sobre a pré-estrutura de toda compreensão e inicia pontuando considerações sobre o círculo hermenêutico. Gadamer defende que o cerne do círculo é estabelecer a forma adequada da compreensão, não no sentido de se estabelecer uma metodologia,

³ Tendo em vista a amplitude da obra de Gadamer, evitou-se abordar outros temas gadamerianos importantes, como por exemplo a questão da arte, para limitar o âmbito da abordagem ao que for estritamente necessário ao trabalho.

⁴ Cf. BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: 70, 1992, p. 137-146; GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: Heidegger em retrospectiva*. 2. ed. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, v. 1, p. 25-48; HEKMAN, Susan J. *Hermenêutica e sociologia do conhecimento*. Tradução de Luís Manuel Bernardo. Lisboa: 70, 1990, p. 150-154; PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luíza Ribeiro Ferreira. Lisboa: 70, 1989, p. 129-165.

mas de proteger uma compreensão adequada da arbitrariedade de alguns dos pensamentos humanos.

O que Heidegger diz aqui não é em primeiro lugar uma exigência à práxis da compreensão, mas, antes, descreve a forma de realização da própria interpretação compreensiva. [...] Toda interpretação correta tem que proteger-se contra a arbitrariedade da ocorrência de “felizes idéias” e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar, e orientar sua vista “às coisas elas mesmas”⁵.

O círculo hermenêutico não deve, no momento da interpretação, atender somente a visões e leituras antecipadas (pois podem estar carregadas de arbitrariedade), nem aceitar passivamente a opinião do outro ou do texto⁶. Impõe-se que no círculo se relacione o que se escuta ou se lê com julgamentos, pré-juízos, de modo sucessivo, reiterado, contribuindo para a revisão e a reconstrução do sentido⁷.

Pode-se visualizar a pré-estrutura da compreensão quando se percebe que, antes mesmo de um primeiro contato com uma situação concreta, já se inicia a construção de um arcabouço de opiniões sobre a dada situação. Isto demonstra que os preconceitos e prejuízos sobre determinada situação já estão de certa forma estabelecidos e que, a partir deles, são edificadas as concepções prévias inerentes a todos⁸. Gadamer corrobora que, antes de se formar uma opinião sobre um texto a ser interpretado, já se tem uma idéia acerca deste texto,

Quem compreende não tem uma mente em branco, como uma tábula rasa, e sim já tem, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo; já tem (sempre) uma pré-compreensão, algo prévio que vem com o ente, como curador/vigilante do ser⁹.

Diante de um objeto, toda a carga de pré-compreensão (Vorverständnis), que já se tinha antes do momento da interpretação, influi na compreensão. Isto é, ao se tentar entender um texto, os pré-juízos e preconceitos em relação a ele são fundamentais para sua compreensão. É da arbitrariedade de uma estrutura de pré-compreensão não adequada que Gadamer diz que se deve proteger, e aí valora a importância do círculo hermenêutico.

Entretanto não é toda pré-compreensão prejudicial. Gadamer critica a imagem dos preconceitos feita pelo Iluminismo (Aufklärung). Para a Aufklärung,

⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002, v. 1. , p. 401-402.

⁶ Vale lembrar que, nesta abordagem, a palavra *texto* não se limita ao sentido de *escrito*, porém é entendida como tudo que possa gerar reflexão filosófica. Cf. ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*. Entre a linguagem da experiência e experiência da linguagem. São Leopoldo: UNISINOS, 2002. , p. 165.

⁷ Cf. ROHDEN, Luiz. Op. cit., p. 164-165.

⁸ Cf. PALMER, Richard E. Op. cit., p. 180.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 210.

o banimento dos “preconceitos” significaria o ideal do pensamento imparcial, objetivo e legítimo, porque eles eram os resíduos de uma época de falta de esclarecimento e de racionalidade¹⁰. Combate Gadamer: “‘Preconceito’ não significa pois, de modo algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorizado positivamente ou negativamente”¹¹. Há então preconceitos negativos – figura pintada pelo Iluminismo, ligada a juízo não fundamentado – e positivos – os essenciais nos mecanismos de compreensão, além de carregarem em seu interior os percalços da tradição e do caminhar da história.

O comportamento, por conseguinte, daquele que se propõe a interpretar deve ser pautado pela não-arbitrariedade. A pré-compreensão deve vir à baila, afinal ela é intransponível em toda compreensão; entretanto, o intérprete deve escutar o que o texto tem a dizer¹². O início de uma interpretação se dá com um projeto prévio. Neste projeto, estão inseridos nossos preconceitos e prejuízos. A validade desta pré-compreensão se dá a partir dos choques sucessivos entre ela e o conteúdo do que está sendo interpretado: “[...] é somente a experiência do choque com um texto – seja porque ele não oferece nenhum sentido, seja porque seu sentido não concorda com nossas expectativas – o que nos faz parar e perceber um possível ser-diverso do uso da linguagem”¹³. É aí que vemos a validade e legitimidade da pré-estrutura de entendimento. “A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido”¹⁴.

É por conta da constante reelaboração destes projetos que alguns, criticando o círculo hermenêutico, imputam-lhe a característica de “vicioso”, sobretudo porque as revisões seriam responsáveis pela volta ao mesmo lugar, configurando uma ausência de avanços na interpretação. A defesa do círculo se pauta através da despreensão de comprovar hipóteses, por ele não ter, em essência, caráter estritamente científico, mas sim filosófico, que, por sua vez, é responsável pelo entendimento do que é fundamental na compreensão,

O conhecimento científico pode ser vicioso ao apenas pretender confirmar suas hipóteses, ao passo que o saber filosófico é aberto, e, mais que confirmar hipóteses, pretende conhecer o que é mais originário, mais fundamental, mais universal. [...] Ao filosofarmos, temos ou elaboramos sempre um projeto, antecipando um sentido do conjunto, o que se aplica ao dialogarmos ou ao lermos um texto. Simultaneamente, circularmente, o projeto que temos ou elaboramos se torna visível. Por isso, nossos projetos devem ser sempre revistos

¹⁰ [...] a Razão consideraria os preconceitos como escassos restos de uma mentalidade não esclarecida, que obsta à autodeterminação racional”. Cf. BLEICHER, Josef. Op. cit., p.154.

¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002, v. 1. p. 407.

¹² Cf. Idem, *ibidem*, p. 405.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 403.

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 402.

e reformulados, e nunca nos devemos dar por satisfeitos¹⁵.

No binômio entre quem interpreta e o que está sendo interpretado, não há anulação de nenhum dos elementos envolvidos. O intérprete não esquece sua visão de mundo determinada pelo contexto histórico em que está mergulhado, porém não permite que esta visão o faça ignorar a mensagem original do texto: “Quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura à opinião do outro ou à do texto”¹⁶. O que está sendo interpretado, por seu turno, também não ultrapassa o momento da interpretação sem receptividade. Isto não quer dizer que um texto vai se alterar conforme a visão de mundo do intérprete. Esta relação de recíproca influência apenas mostra que as posições hermenêuticas não são estanques e importam significativamente no processo de compreensão:

[...] uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias¹⁷.

Sob um outro foco, conduzir-se-á a discussão: sabe-se que, a partir de uma determinada antecipação, formam-se noções sobre uma coisa, antes mesmo de se ter o primeiro contato com ela. Porém de que modo entendemos como são formadas essas noções antecipadas, isto é, como é determinada nossa pré-estrutura de compreensão (nossos preconceitos, nossos prejuízos)? Com Gadamer, diz-se:

De modo geral, antes mesmo de compreendermos qualquer coisa em uma frase, procedemos a uma certa estruturação prévia que constitui, desse modo, a diretriz de uma posterior compreensão. Esse processo é orientado por um sentido global que temos em mira antecipadamente, a partir das relações que se nos apresentam em um contexto anterior¹⁸.

Quando Gadamer se refere a “um contexto anterior”, acredita-se que ele se remete a um contexto histórico a que um indivíduo ou um grupo está inserido e que determina toda carga de preconceitos que afloram frente a uma

¹⁵ ROHDEN, Luiz. Op. cit., p. 164.

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 404.

¹⁷ Idem, ibidem, p. 405.

¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica. In: FRUCHON, Pierre (org.). *O problema da consciência histórica*, 3. ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 58.

interpretação, pois, “[...] os pré-conceitos não são pré-conceitos de um sujeito, mas muito mais a realidade histórica de seu ser[...]”¹⁹.

2.2. Tradição.

Em resposta à pergunta acima, afirma-se que o contexto histórico, ou seja, a tradição, determina a pré-estrutura da compreensão, pois “[...] é precisamente o que temos em comum com a tradição com a qual nos relacionamos que determina as nossas antecipações e orienta a nossa compreensão”²⁰.

A tradição significa uma herança cultural da qual não se pode fugir, uma força que se joga em um contexto histórico²¹, uma comunicação entre as determinações do tempo (passado, presente e futuro), um pressuposto para a percepção da historicidade do ser-no-mundo. “O sujeito da compreensão recebe o legado da tradição; esse legado é compulsório; não há possibilidade de a ele renunciar”²².

O passado, que transmite um legado histórico e uma herança de preconceitos, é co-responsável pelo modo como se enxerga e se compreende o presente:

O presente só é visto e compreendido através das intenções, modos de ver e preconceitos que o passado transmitiu. [...] o passado não é como um amontoado de factos que se possam tornar objecto de consciência; é antes um fluxo em que nos movemos e participamos, em todo o acto de compreensão²³.

Tendo a tradição insuperável função na transmissão das visões dominantes em tempo anterior para o tempo atual, ou seja, na comunicação entre passado e presente, ela se coloca também em papel fundamental na construção da pré-estrutura de toda compreensão, tendo em vista que os preconceitos são previamente estruturados com base no passado, a partir de dados legados pela tradição.

Em certo momento de sua obra, Gadamer compara tradição à idéia de monumento:

O que é propriamente tradição? O que é legado? O que significa ser entregue pela tradição? Uma informação? Não se trata aí manifestamente de

¹⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 229.

²⁰ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica*. In: FRUCHON, Pierre (org.). *O problema da consciência histórica*, 3. ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 59.

²¹ Sobre a relação entre historicidade, pré-compreensão, tradição e dialética, Cf. FERRARIS, Maurizio. *History of hermeneutics*. Tradução de Luca Somigli. New Jersey: Humanities Press International, 1996, p. 175-181.

²² STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 210.

²³ PALMER, Richard E. Op. cit., p. 180.

um mero prosseguimento da transmissão de uma informação sobre algo que aconteceu ou da descoberta de seus rastros com base em resíduos. Ao contrário, trata-se de monumentos²⁴.

O paralelo entre tradição e monumento se funda no fato de que um monumento não é apenas uma memória que sobrevive à atualidade, ou se atualiza totalmente aos dias contemporâneos, perdendo o caráter do acontecimento antigo que representa. O monumento se identifica a uma ligação temporal: simboliza uma personalidade ou fato importante do passado no momento presente. E, conforme o tempo passa, o monumento não assiste imune ao passar dos dias. É influenciado pela visão que o presente tem dele, porém sem perder o caráter originário de carregador de um legado histórico.

A tradição tem um caminho similar. Ela tem um formato básico que mantém sua integridade, responsável pela identificação de várias pessoas como membros de um mesmo grupo, como pertencentes a uma mesma tradição; contudo, não é estática e inflexível no evoluir cronológico, pois,

[...] essa nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. [...] nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios²⁵.

Isso quer dizer que a tradição não está imune ao fenômeno do tempo, podendo os indivíduos moldá-la, ainda que não significativamente, ou mesmo participar de seu processo de formação. Ao contrário, tem-se que ter consciência das distâncias temporais²⁶, pois o entendimento de que se pertence a uma época - assim como um texto que se tenta compreender também pertence a uma época - é pressuposto para se entender a historicidade: "O tempo já não é mais, primariamente, um abismo a ser transposto porque divide e distancia, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes"²⁷.

2.3. Consciência histórica

O sujeito da interpretação é histórico, assim como o que se pretende interpretar. Há que se exigir que os indivíduos que se propõem a interpretar tenham *consciência* dessa historicidade onipresente que se reflete e se efetiva no

²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, v. 2, p. 192.

²⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002, v. 1, p. 440.

²⁶ "Na verdade, trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, a cuja luz nos é mostrado todo o transmitido". Cf. Idem, *ibidem*, p. 445.

²⁷ Idem, *ibidem*, p. 445.

tempo desdobrado em seus momentos. “[...] o intérprete sabe que está inserido na História, de tal sorte que o passado é compreensível por sua efetividade contrastada com o presente e sua faticidade presente o converte em veículo de uma compreensão projetada para o futuro”²⁸.

Quem tenta compreender deve ter consciência de que a tradição é histórica e de que a atuação dela no processo interpretativo é determinante. Caberia então a indagação: “[...] do que poderíamos ser conscientes numa ‘consciência histórica efetiva’? Somos conscientes da tradição e de seus efeitos”²⁹.

Para uma visão adequada da consciência histórica, faz-se necessário antecipar um esboço do conceito de *horizonte*³⁰. Nas palavras de Gadamer, “Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto”³¹. Em linhas gerais, pode-se dizer que horizonte é a *visão de mundo* de cada indivíduo.

O horizonte realiza um movimento peculiar trilhado no tempo. O horizonte do passado é uma perspectiva que cada um compartilha, pois aparece sob a forma da tradição, e todos são tocados por ela. O horizonte do presente é o olhar a partir da situação histórica onde cada um se encontra. Ambos são abertos à mobilidade e dinâmica da formação incessante da tradição³².

Assim pode-se incluir o horizonte como elemento integrante da consciência da história que, através da tradição, produz efeitos nos modos de ver e nos preconceitos do presente. Além de cada horizonte que caracteriza determinada situação hermenêutica, a dialética do diálogo de influência mútua entre texto e intérprete e a própria tradição são também constitutivos da consciência histórica³³.

Na realização da compreensão, acontece uma *fusão* entre os horizontes presentes no processo interpretativo, que é, de fato, a função da consciência histórico-efeitual: “Na realização da compreensão, tem lugar uma verdadeira fusão horízontica [...]. Nós caracterizamos a realização controlada dessa fusão como a tarefa da consciência histórico-efeitual”³⁴.

²⁸ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 219.

²⁹ LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 95.

³⁰ “É bastante nítida a vinculação (relação) entre a fusão de horizontes e a história efetual, isto porque é no momento que se fundem tanto o horizonte da obra como o horizonte do intérprete, que surge a compreensão do texto (forma-se um sentido), ou [...] aparece a compreensão como uma forma de efeito”. SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 81.

³¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002, v. 1, 452.

³² Cf. Idem, *ibidem*, p. 452-455.

³³ Cf. BLEICHER, Josef. Op. cit., p. 157.

³⁴ Cf. GADAMER, op. cit., *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002, v. 1, p. 458.

2.4. Fusão de horizontes

É no contato com a tradição no momento da interpretação que se dá a fusão de horizontes. Horizonte é a lente que se veste para olhar o mundo, é a perspectiva sob a qual se assentam os posicionamentos:

O termo “horizonte”, ocorrendo como é o caso no trabalho de Nietzsche e Husserl, não é original. Nas mãos de Gadamer este termo funciona como a idéia de Humboldt de que a linguagem oferece ao falante não somente os meios de comunicação, mas também um ponto de vista através do qual pode ver o mundo, uma visão global. À medida que adquirimos a capacidade de usar a linguagem e, como resultado do processo de aculturação, adquirimos ao mesmo tempo um “horizonte”, uma perspectiva de mundo³⁵.

O intérprete tem um horizonte, uma visão de mundo, que é o presente. O texto que está sendo interpretado tem também um horizonte, e ambos estão inseridos em suas respectivas tradições. No exato instante da compreensão essas duas perspectivas de mundo se unem, ou se fundem, ou se mesclam, tendo como produto a interpretação mesma, “O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos [...]”³⁶.

A fusão de horizontes simboliza a imagem da tensão entre uma posição do passado e a variedade plural de posicionamentos sobre a mesma situação no presente. Este processo colabora – partindo do pressuposto da tradição – com a comunicação histórico-temporal entre passado e presente, através da consciência de cada horizonte existente no momento hermenêutico:

A pluralidade dos horizontes indicada com a expressão [fusão de horizontes] é visada no sentido da diversidade de um mundo presente em relação ao passado. Ela é a condição para a aut mediação histórica, se é que essa aut mediação só é possível por meio da distância historicizante em relação ao que é legado pela tradição; somente se o que é legado aparece como outro e alheio, podemos nos comportar em relação a ele³⁷.

Se não se procurar entender o horizonte histórico do texto sobre o qual se está debruçado, isto é, perceber que o escrito está circunscrito por sua tradição que lhe é inerente, não se faz possível esse elemento, a fusão de horizontes, colocado como fundamental por Gadamer no processo hermenêutico. E, sendo ela fundamental, a própria compreensão ficará prejudicada. “Compreender uma tradição requer um horizonte histórico. Um texto histórico somente é interpretável desde a historicidade (*consciência histórico-efetiva*) do intérprete”³⁸.

³⁵ LAWN, Chris. Op. cit., p. 91.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 211.

³⁷ FIGAL, Günter. *Oposicionalidade: o elemento hermenêutica e a filosofia*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 27.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 211.

É através dos contatos, muitas vezes intensos, simbolizados por “choques”, entre o horizonte do intérprete e o do texto, que se dá a fusão. Esse mecanismo se realiza através de uma dinâmica que se sedimenta na sucessão de perguntas do leitor e respostas do texto: Gadamer elaborou uma lógica de perguntas e respostas que entendia a compreensão como participação no significado, na tradição e no próprio diálogo³⁹. Com as respostas às perguntas, o leitor vai “penetrando” no escrito, e entendendo a perspectiva histórica do que se lê, ou seja, o horizonte histórico (*historischen Horizont*) do texto. Dito de outro modo:

O que se põe decisivo na interpretação é o diálogo com o texto, o horizonte da pergunta que formula o intérprete. Através do diálogo hermenêutico com o texto, há um progressivo apropriar-se de seu peculiar horizonte, até o momento em que configure a própria compreensão do intérprete. Fusão de horizontes, pois, é fusão do passado com o presente, através do diálogo que o intérprete mantém com o texto⁴⁰.

2.5. Linguagem

Após esboçar alguns momentos-chave na hermenêutica filosófica de Gadamer, pode-se destacar, ainda, a colocação que ele deu à linguagem. Ela passou a ser não mais um mero instrumento à disposição do homem, ou um “meio” entre *as pessoas* e *as coisas*. A linguagem é condição de possibilidade para se exprimir o mundo:

A linguagem, então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo⁴¹.

Luiz Rohden, também em uma perspectiva gadameriana, vai além de Lenio Luiz Streck, ao afirmar que a linguagem “[...] não é só condição de possibilidade do filosofar, mas a realização e a materialização deste”⁴².

As “linguagens artificiais” ou “sistemas de entendimento artificial”, como as linguagens secretas e os simbolismos matemáticos, diferem da linguagem propriamente, pelo fato de não se sedimentarem em uma comunidade de vida humana. Elas são apenas técnicas para se alcançar um fim outro⁴³.

³⁹ Jean Grondin chegou a pontuar que esse processo era “o coração da hermenêutica filosófica”. Cf. GRONDIN, Jean. *Introduction to philosophical hermeneutics*. Tradução de Joel Weilsheimer. New Haven and London: Yale University Press, 1994, p. 119.

⁴⁰ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz. Op. cit., p. 220.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 199.

⁴² ROHDEN, Luiz. Op. cit., p. 236.

⁴³ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica*

Seguindo Heidegger, Gadamer dá intensa coloração à linguagem, descartando a imagem do homem tendo poder sobre ela. O homem não criou nem tem poder sobre a linguagem, nem sobre o tempo, nem sobre a compreensão. Estes elementos permitem que o homem seja homem⁴⁴. Gadamer, utilizando-se dos subsídios filosóficos heideggerianos, situa a linguagem como meio na hermenêutica. Porém não um meio, no sentido de instrumento disponível; sim, meio enquanto como condição central para a realização da compreensão:

Médium, para o que Gadamer aqui se propõe, não deve ser compreendido como meio (Mittel) no sentido instrumental – no sentido de nomear, p. ex., para dominar – mas como meio (Mitte) no sentido de lugar, espaço, meio-ambiente, circunstância, centro, modo de algo ser e realizar-se⁴⁵.

Por não ser um mecanismo que o homem utiliza para realizar suas atividades, e sim pressuposto de existência das coisas e do homem no mundo, pode-se pontuar, com Gadamer, que “[...] a lingüisticidade caracteriza em geral toda experiência humana do mundo”⁴⁶, inclusive no que diz respeito ao exercício do *entendimento*.

Partindo do tema da linguagem, passa-se, então, a discutir a importância de Gadamer em uma mudança de perspectiva que ocorreu na filosofia em geral, a “reviravolta lingüística” e, mais especificamente, a “reviravolta hermenêutica”.

3 GADAMER E A REVIRAVOLTA HERMENÊUTICA

A “reviravolta lingüística” (*linguistic turn*), *grosso modo*, é o momento na filosofia em que a linguagem passa a ser o centro das discussões, onde surge “[...] uma mudança de paradigma, uma passagem – a de uma filosofia da consciência a uma teoria centrada na linguagem e nos signos lingüísticos”⁴⁷. Tendo em vista que o enfoque, no presente trabalho, é na hermenêutica filosófica, ressalta-se o papel de Gadamer dentro dessa virada, com a “reviravolta hermenêutica”⁴⁸.

Em Gadamer, vê-se o esforço pela superação da filosofia da subjetividade, da consciência, e da metafísica. Esses paradigmas filosóficos vão contra o assentado na esteira heideggeriana-gadameriana, que estabelece que o homem (*sujeito*) não contempla o mundo como *objeto*, como se o mundo pertencesse a uma posição independente da sua. O homem não pode ser separado do mundo e das coisas, enquanto um sujeito que

filosófica. 4. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002, v. 1, p. 648.

⁴⁴ Cf. PALMER, Richard E. Op. cit., p. 157-158.

⁴⁵ ROHDEN, Luiz. Op. cit., p. 227.

⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 662.

⁴⁷ LEITE, Raimundo Hélio; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira. Norma: convergência entre: Filosofia, Direito e Educação. *Nomos*: revista do curso de mestrado em direito da UFC, v. 24, jan/dez, 2005, p. 92.

⁴⁸ Manfredo Araújo de Oliveira, em *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, ao tratar da “reviravolta hermenêutica da ontologia”, além de Gadamer, inclui Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas nesse processo. Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit., p. 223-348. Por ser a temática norteadora do trabalho, a abordagem será limitada a Gadamer.

observa empiricamente um objeto⁴⁹. Todos estão circunscritos pela linguagem, isto é, fazem parte de um mesmo contexto de sentidos.

Nessa superação, estabelece-se uma *ontologia* capaz de, em detrimento da metafísica ser responsável pela negação da finitude do homem⁵⁰, considerar o real valor da historicidade do homem e, portanto, reconhecer sua temporalidade e finitude.

A metafísica, enquanto saber primeiro, fundamental, fundante e autofundado, se desmorona, e se põe, em seu lugar, uma ontologia hermenêutica com a pretensão de se pôr à custa do ser, enquanto sentido que abre e possibilita a práxis histórica dos homens⁵¹.

A linguagem é humana, mas não uma invenção humana no sentido de que, quando o homem já existia no mundo, ela surgiu. Não há mundo sem linguagem. O homem, em sua relação com o mundo, não pode ser separado da linguagem. “A linguagem, desde o princípio, é humana. Aliás, ela não é simplesmente uma qualidade de homem que se encontra no mundo, mas dela depende e nela se revela que os homens enquanto tais possuem ‘mundo’”⁵².

Finitos são o homem e a linguagem humana. Porém são infinitos os sentidos que podem ser entendidos em uma interpretação. Essa infinitude encontra lugar no que não está dito claramente. No caminho da compreensão, se faz necessário um “movimento especulativo” que se funda em uma dialética. Diferente da dialética platônica ou da hegeliana, Gadamer levanta a “dialética da pergunta e da resposta” – já esboçada anteriormente. Especulando pelos múltiplos sentidos que o texto poder trazer, ela alcança uma direção essencial na hermenêutica gadameriana⁵³.

Gadamer faz ruir o lugar da linguagem, colocada por Hegel, como “meio”, como “centro da consciência”, entre espírito subjetivo (a alma, a consciência e a razão) e espírito objetivo (o direito, a moralidade e o costume). Linguagem, agora, aparece como mediação entre o finito (homem) e o infinito (sentido)⁵⁴. E com o caráter especulativo da linguagem, forma-se “[...] o verdadeiro sentido da reflexão hermenêutica: a hermenêutica não é a base metodológica das assim chamadas ciências do espírito, mas um aspecto universal da filosofia enquanto tal”⁵⁵.

4. GADAMER E O DIREITO

Nesse debate, percebe-se uma relação de similitude entre a compreensão e

⁴⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 226.

⁵⁰ “Em síntese, a metafísica é a pretensão a uma verdade absoluta, e isso significa para a hermenêutica autonegação da finitude”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit., p. 231.

⁵¹ Idem, ibidem, p. 232.

⁵² Idem, ibidem, p. 236.

⁵³ Cf. Idem, ibidem, p. 240-244.

⁵⁴ Cf. Idem, ibidem, p. 247-248.

⁵⁵ Idem, ibidem, p. 245.

a aplicação do Direito⁵⁶. Na compreensão, tendo em vista a superação dos paradigmas epistemológicos do século XIX, a hermenêutica não se limita a uma técnica de interpretação:

A hermenêutica, por sua vez, enquanto dinâmica dos momentos da compreensão (*Verstehen*), da interpretação (*Auslegung*) e da aplicação (*Applikation*), não se contenta apenas com o saber técnico (*téchne*) dirigido à análise dos fatos, mas, ao contrário, por ter uma profunda relação com o saber ético, pois é a manifestação do ser que conhece inserido no mundo, requer ao mesmo tempo o saber ético, a *phrónesis* [...]⁵⁷.

A compreensão e a aplicação levam em pauta a história, a tradição, a diferenciação e fusão de horizontes, a consciência do papel da tradição⁵⁸.

Quanto à atuação dos juristas, pode-se dizer que, seguindo a hermenêutica que parte de Heidegger e de Gadamer, ela será mais autônoma. Numa interpretação e, especialmente, no caso do Direito, na aplicação, é impossível a reprodução⁵⁹. Ou seja, não se pode repetir interpretação ou reproduzir lei: “A real finalidade da hermenêutica jurídica é ‘encontrar o Direito’ (seu sentido) na aplicação ‘produtiva’ da norma, pois a compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto, senão, também, produtivo”⁶⁰.

Diante de um caso concreto, o jurista tem um papel criativo (terá mais liberdade para adaptação dos textos jurídicos) e produtivo (poderá produzir algo novo e não uma reiteração da norma posta)⁶¹, porque a letra da lei não consegue sempre se estender a todos os acontecimentos sociais que por ventura venham a se realizar.

Salientando a impossibilidade da abrangência da lei a todos os casos difusos, o juiz discricionariamente faz uma leitura crítica do caso dado e adapta as ferramentas legais de que dispõe à dita situação. É nessa discricionariedade que se pode achar lugar para a teoria gadameriana. O juiz passará as impressões formadas dentro de seu contexto particular de tradição nesta leitura do caso concreto e das leis a aplicar. Isto não necessariamente significa que a atividade jurisdicional deixa imune o ordenamento jurídico a adaptações não razoáveis ou mesmo arbitrárias por parte de determinado juiz. A lei, em sentido amplo, também está dentro de uma tradição, e a relação dialética e dialógica entre ela, o juiz e o caso serão os elementos na construção do direito

⁵⁶ “[...] quando o jurista, no exercício de sua função jurisdicional, sabe que está legitimado perante o sentido original de um texto de lei para a complementação do Direito, ele procede então, do mesmo modo como anteriormente já se procedeu em toda compreensão”. DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Op. cit., p. 224.

⁵⁷ Idem, ibidem, p. 224.

⁵⁸ “O jurista deve levar em conta o aspecto histórico ao interpretar a lei, para determinar o seu conteúdo normativo (*sein normative Gehalt*) e aplicá-lo ao caso a que se dedica”. Idem, ibidem, 225.

⁵⁹ “[...] a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez sempre produtivo”. GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 444.

⁶⁰ LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPE, 2001, p. 89.

⁶¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 215-222.

fundamentado a partir de uma perspectiva hermenêutico-filosófica⁶².

A maior autonomia do juiz tem que estar associada à consciência da mudança dos paradigmas filosóficos. Isto é, o jurista autônomo na interpretação não pode se valer de uma técnica “pré-feita” que possa se adequar ao caso que está estudando. Ele precisa ter *consciência* dos contextos históricos e das particularidades que envolvem as pessoas, a situação tratada e, mesmo, o Direito.

5 CONCLUSÕES

Entre os diversos campos aqui discutidos dentro da hermenêutica gadameriana, um elemento se faz sempre presente em todos de alguma maneira – a linguagem:

- a. Na *pré-estrutura da compreensão*, tanto o que está sendo interpretado, quanto os preconceitos e prejuízos que se tem, além do resultado da interpretação, só são exprimíveis através de uma linguagem (um texto, um gesto ou uma simples reação são todos expressados pela linguagem).
- b. No que se refere à *tradição*, pode-se dizer que ela chega às pessoas através da linguagem. Nas formas em que a tradição a que se pertence se manifesta (na identidade cultural de cada um, por exemplo), é por meio da linguagem que ela “fala”.
- c. A respeito da *consciência histórica*, esta acontece porque se observa a história (*Geschichte*) – e essa observação se dá porque há uma linguagem para estudá-la e ela mesma só existe porque se manifesta através de uma linguagem.
- d. Com a *fusão de horizontes*, percebe-se que os horizontes históricos de cada indivíduo ou grupo e de um texto são visões de mundo das pessoas, ou seja, *leituras* da realidade, que recebem a influência da tradição, que lhes chega pela linguagem, na sua forma.
- e. No campo do *Direito*, os problemas transitam normalmente pela interpretação das leis. Estas são uma forma de manifestação da linguagem. E mesmo partindo da forma de entender a relação entre a hermenêutica filosófica e o Direito, levando em consideração os fundamentos gadamerianos, reitera-se que tanto a história quanto a tradição – bem como noções como norma, costume, princípios de direito, entre outros – chegam às pessoas, ou mais especificamente, aos juristas, através da linguagem.

O mundo só é falado porque existe uma linguagem que diga: “o mundo”. Da mesma forma, existe uma linguagem que diga: “pré-compreensão”,

⁶² Sobre a pertença da interpretação jurídica a uma tradição, Cf. OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio. *Hermenêutica jurídica*: entono a la Hermenêutica da Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992, p. 92-94.

“tradição”, “consciência histórica”, “fusão de horizontes” e “direito”. Vê-se, pois, que o elemento de relevo na obra de Gadamer é colocar a linguagem dentro da hermenêutica, como condição de possibilidade para falar do que está sendo interpretado, do homem que interpreta e do mundo, que só é *dizível* na e pela linguagem.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: 70, 1992.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FERRARIS, Maurizio. *History of hermeneutics*. Tradução de Luca Somigli. New Jersey: Humanities Press International, 1996.

FIGAL, Günter. *Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica. In: FRUCHON, Pierre (org.). *O problema da consciência histórica*, 3. ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 57-71.

_____. *Hermenêutica em retrospectiva: Heidegger em retrospectiva*. 2. ed. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, v. 1.

_____. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, v. 2.

_____. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002, v. 1.

GRONDIN, Jean. *Introduction to philosophical hermeneutics*. Tradução de Joel Weilsheimer. New Haven and London: Yale University Press, 1994.

HEKMAN, Susan J. *Hermenêutica e sociologia do conhecimento*. Tradução de Luís Manuel Bernardo. Lisboa: 70, 1990.

LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007.

LEITE, Raimundo Hélio; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira. Norma: convergência entre Filosofia, Direito e Educação. *Nomos: revista do curso de mestrado em direito da UFC*, v. 24, jan./dez., p. 87-96, 2005.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

OSUNO FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio. *Hermenêutica jurídica: entorno a la Hermenêutica da Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992.

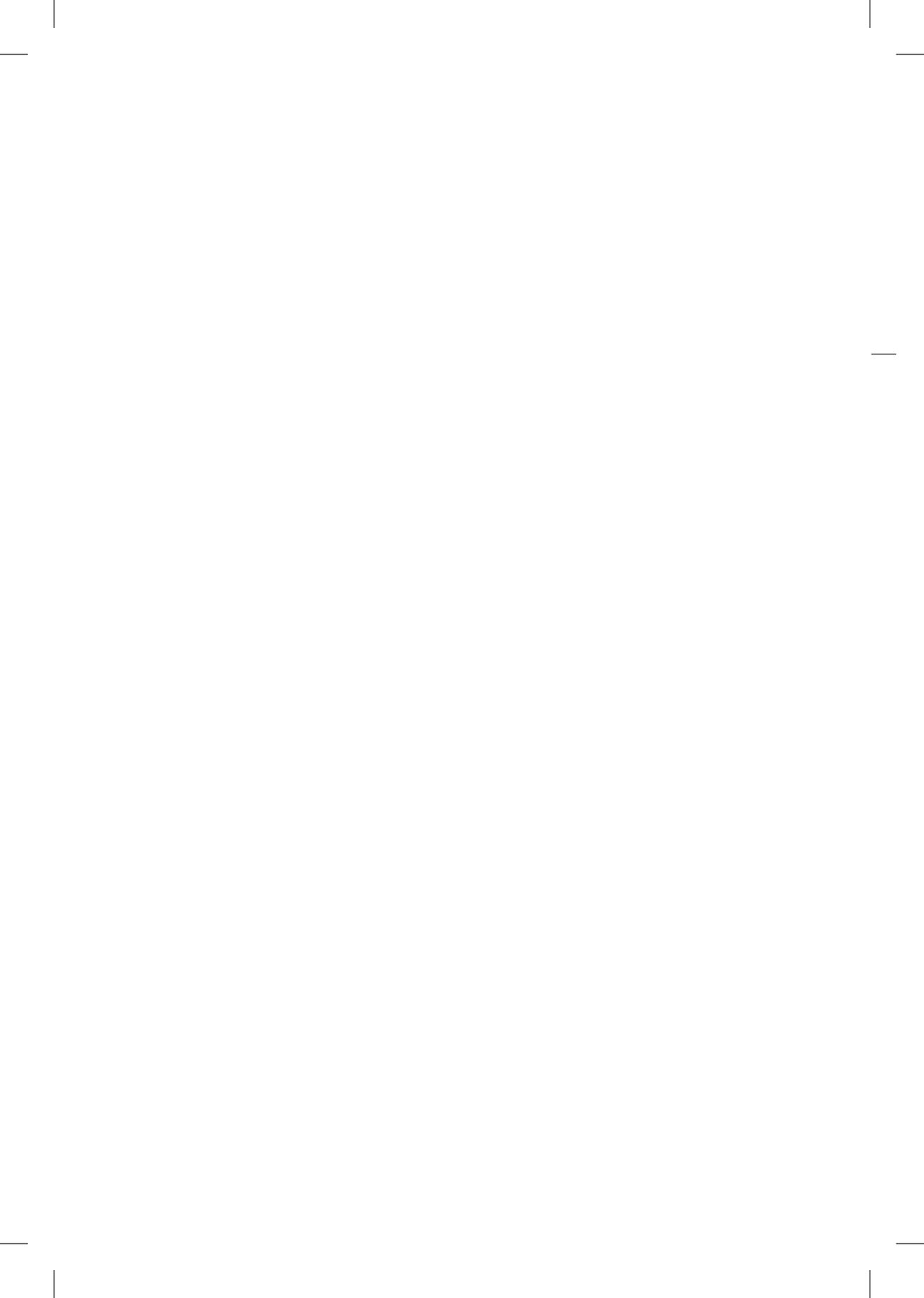
PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luíza Ribeiro Ferreira. Lisboa: 70, 1989.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*. Entre a linguagem da experiência e experiência da linguagem. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DOUTRINA ESTRANGEIRA





PROPRIEDADE, DIREITO E ESTADO¹

António José Avelãs Nunes²

Resumo:

O artigo relata a origem histórica da sociedade e do estado moderno, bem como a evolução da propriedade privada e do sistema económico do capitalismo. Ressalta o direito de propriedade e sua função social. Conclui que a propriedade capitalista continua a ser um elemento caracterizador essencial do sistema económico-social capitalista e que a construção do socialismo não pode abdicar da socialização dos meios de produção e dos recursos naturais.

Palavras-chave:

Propriedade, origem histórica do Estado moderno, evolução do direito de propriedade.

Abstract:

The article describes the historical origins of society and the modern state and the evolution of private property and the economic system of capitalism. Emphasizes the right of ownership and its social function. It concludes that capitalist property remains an essential element that characterizes the social-economic system of capitalism and the construction of socialism can not give up the socialization of the means of production and natural resources.

Key-words:

property, historical origin of the modern state, the evolution of property rights.

1. - Nos tempos primitivos, os homens viviam e trabalhavam juntos, em comunidades que caçavam em grupo e partilhavam em conjunto os resultados da caça. Esta forma comunitária de vida explica-se, aliás, facilmente, se tivermos presente que os homens primitivos precisavam de se unir e de actuar em grupo, quer para se defenderem dos animais selvagens quer para poderem prover à sua alimentação, tarefas que tinham de levar a cabo com instrumentos mais que rudimentares. Como Marx salienta numa carta para Vera Zassoulitch, é a necessidade do trabalho colectivo inerente às condições de vida próprias das

¹ Palestra proferida no âmbito da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 6 de Outubro de 2009.

² Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra

comunidades primitivas que explica a propriedade comum (ou a fruição comum) da terra, e não o contrário.

Nestas condições, não fazia qualquer sentido falar-se de propriedade (privada) dos meios de produção, que eram utilizados por toda a colectividade (tal como a terra) para satisfazer as necessidades de todos.

Em tais comunidades não havia diferenciação social, nem divisão da sociedade em classes, nem exploração de uma classe de homens por outra. Por isso mesmo, não era necessário qualquer aparelho de coerção destinado a garantir os direitos dos proprietários, o domínio de uma classe social sobre outra(s) classe(s) social (sociais), a 'exploração do homem pelo homem'. Não era necessário o estado enquanto aparelho de poder (político, judiciário e militar) ao serviço da manutenção de determinado status quo.

2. - Entretanto, a lenta acumulação de invenções foi aumentando a produtividade do trabalho. Assim se foram criando condições para que as comunidades primitivas produzissem, além do necessário à sobrevivência, um excedente (sobreproduto social). A existência de um excedente regular e permanente de alimentos tornou possível o início da agricultura, da domesticação e da criação de animais, actividades que pressupõem necessariamente a existência de uma certa reserva de alimentos, a qual, por outro lado, permite reduzir o risco da ocorrência de períodos de fome.

Foi esta a base material necessária para que pudesse acontecer a grande revolução económica e social do período neolítico - a revolução neolítica, como justamente lhe chamam os autores. Esta 'revolução' (este salto na produtividade do trabalho humano) trouxe pela primeira vez ao homem a possibilidade de controlar a produção dos seus meios de subsistência, ao mesmo tempo que veio abrir novas perspectivas de desenvolvimento do artesanato profissional, com o conseqüente aperfeiçoamento dos instrumentos de produção, acarretando profundas modificações no modo de vida e nas relações entre os homens.

Com a cultura da terra, o nomadismo foi sendo progressivamente abandonado, e, com a sedentarização, começaram as famílias a reservar as mesmas terras para a sua agricultura, ano após ano. Assim se foi generalizando a utilização particular das terras na posse de cada família, embora, durante muito tempo, esta posse continuasse a ter como pressuposto a existência da comunidade e a propriedade colectiva da terra. A produtividade do trabalho aumentou nestas comunidades, que passaram a poder produzir regularmente uma quantidade de bens muito superior à necessária para satisfazer as suas necessidades, ampliando assim o *excedente social*.

A *agricultura* desenvolveu-se, passando a adequar-se as sementeiras e as colheitas às estações do ano, uma vez compreendida a importância da energia do sol. Por outro lado, nos vales do Nilo, do Tigre e do Eufrates reconheceu-

se o valor das águas como reconstituente da fertilidade das terras, tendo-se descoberto a técnica e iniciado a prática da irrigação. E com a irrigação, surgiu, verdadeiramente, a *civilização*. A produção de alimentos aumentou de tal forma que, entretanto, com a descoberta dos metais (cobre e estanho - o ferro só bastante mais tarde), da arte de trabalhá-los e de fazer ligas (bronze), foi possível operar-se uma nova divisão do trabalho entre a *agricultura* e o *artesanato* (a *indústria*).

3. - Mas, se cada homem pode produzir, com o seu trabalho, mais que o necessário para a sua subsistência, ganha sentido a exploração do homem pelo homem. Nos tempos primitivos era corrente a prática do infanticídio, bem como o abandono ou a morte dos deficientes e dos velhos (aqueles que não eram capazes de assegurar a sua própria subsistência), com o fim de evitar a população excessiva, a fome e o possível extermínio de toda a comunidade. Por isso mesmo as tribos vencedoras matavam (e às vezes comiam) os seus prisioneiros de guerra. Agora, torna-se vantajoso fazê-los escravos (objecto da propriedade dos seus senhores) e obrigá-los a trabalhar para que os senhores possam apropriar-se do excedente criado pelo trabalho escravo.

O modo de produção e a organização social próprios do comunismo primitivo deram lugar a um novo modo de produção e a uma diferente organização social, o escravagismo, que, enquanto modo de produção, assenta na exploração do trabalho forçado da mão-de-obra escrava pelos proprietários das terras: os senhores alimentam os seus escravos e apropriam-se do (restante) produto do trabalho destes. O estado escravagista foi a estrutura que garantiu as condições para o funcionamento da economia nestas primeiras sociedades divididas em classes. Com o escravagismo surgiu a primeira forma de estado de classe.

4. - Também no quadro do feudalismo tudo era claro no que concerne à estrutura e à natureza do poder político, cuja titularidade coincidia com a titularidade do poder económico, que assentava na propriedade da terra. Com efeito, os grandes senhores proprietários de terras detinham todos os atributos do estado dentro das fronteiras dos seus domínios: podiam constituir exércitos e mobilizar os seus súbditos para eles; decidiam sobre a guerra e a paz; administravam a justiça; cunhavam moeda; cobravam impostos.

Nos tempos feudais, como sublinha Galbraith, "a propriedade era uma fonte duradoura de poder temporal."³ O poder político, que tinha a origem e o fundamento na propriedade da terra, era um poder descentralizado e fragmentado, disperso por uma pluralidade de titulares, dando a ideia da ausência do estado. Mas o poder político (o estado, *hoc sensu*) existia, exercendo-

³ Cfr. J. K. GALBRAITH, *Anatomia do Poder*, cit., 110.

se a sua autoridade de pessoa para pessoa, em sociedades nas quais, no quadro das relações de servidão pessoal e de vassalagem, cada homem é o homem de outro homem.

O poder político, representado por este estado fragmentado, estava abertamente ao serviço dos interesses económicos da classe dominante: os proprietários da terra eram, sem qualquer intermediação, titulares do poder político, que utilizavam para dirigir a economia e para garantir os seus interesses económicos, sociais e políticos.

A natureza de classe deste estado feudal aparece, nestas condições, sem qualquer dúvida nem disfarce: o poder político e a violência que ele representa eram exercidos directamente pela classe dominante (os proprietários feudais, que dispunham do poder militar e administrava a justiça através de tribunais nomeados pelos senhores e responsáveis perante eles) para garantir a apropriação do sobreproduto criado pelos trabalhadores servos e, em último termo, para defesa dos seus interesses de classe, que exige a manutenção do estatuto de servidão e das relações de produção servis.

5. - Na Europa, a emergência da nova classe burguesa coincidiu com (e provocou) a progressiva proletarização da grande massa dos camponeses pobres. O instrumento mais poderoso deste violento processo foi a prática das enclosures (o acto de cercar os campos, incluindo as terras comunitárias, para nelas fazer apascentar enormes rebanhos de gado lanígero). Por esta 'expropriação' dos camponeses pobres passou a estrada principal que conduziu à afirmação do modo de produção capitalista, numa história escrita nos anais da humanidade a letras de ferro e fogo.

“Em todos os países da Europa ocidental produziu-se o mesmo movimento - escreve Marx ⁴ - embora varie a sua cor local ou se encerre num círculo mais estreito, ou apresente um carácter menos pronunciado ou siga uma ordem de sucessão diferente”. Mas foi na Inglaterra que o movimento das enclosures encontrou a sua mais clara expressão e só aí (no séc. XVIII) o processo se radicalizou. As terras são apropriadas pela burguesia rica, interessada em extrair delas produtos que pudesse comerciar, dando lugar ao que se designou então por “quintas de comerciantes”. O desenvolvimento da indústria de panos na Flandres abriu mercado para a lã, a preços compensadores. O desenvolvimento das chamadas “quintas de capital” viria a transformar a Inglaterra num país “onde os cordeiros comem os homens” (Thomas Morus).

Os efeitos de tal prática foram de tal forma claros que, segundo a generalidade dos autores, por meados do séc. XVIII a Yeomanry (classe de pequenos proprietários que trabalhavam a própria terra) tinha sido liquidada na Inglaterra, deixando o campo livre para os grandes agricultores capitalistas

⁴ Ver K. MARX, *Le Capital* (trad. J. Roy), 529.

que passam a recorrer à mão-de-obra assalariada.

A expulsão dos camponeses pobres das terras que até então podiam utilizar, esbulhando-os dos meios de produção e de existência tradicionais, condenando grandes massas de pessoas à condição de ‘vagabundos’ (desempregados) e “mendigos” (como tal perseguidos e condenados⁵), antes de se transformarem em “mercenários”, quando aos trabalhadores foi reconhecido o estatuto de homens livres. Este o processo que deu origem ao proletariado moderno, constituído por pessoas livres, livres de todos os vínculos sociais e livres de toda a propriedade sobre a terra ou outros meios de produção, e, por isso mesmo, economicamente ‘forçados’ a ‘vender-se’ a troco de um salário, isto é, a vender a sua força de trabalho (transformada em mercadoria autónoma) a quem tivesse dinheiro para a comprar e tivesse interesse em comprá-la.

Sintetizando, a prática das enclosures conduziu aos seguintes resultados: 1) reduziu as terras de cultivo; 2) privou os camponeses pobres dos meios de subsistência; 3) favoreceu o desenvolvimento da grande propriedade; 4) provocou a subida dos preços dos produtos alimentares; 5) conduziu ao despovoamento dos campos; 6) transformou os pequenos proprietários e rendeiros em jornaleiros, em “vendedores de si próprios”, em “mercenários”.

6. - Idêntico processo de proletarização ocorreu na indústria, por força do processo evolutivo que explica a transformação dos produtores autónomos da indústria artesana das cidades medievais em trabalhadores assalariados das indústrias novas, surgidas na sequência da revolução industrial inglesa. A propriedade dos artesanos-produtores autónomos foi ‘expropriada’ pelos novos proprietários (empresários) capitalistas.

A partir dos sécs. XII e XIII, desenvolveram-se na Europa as cidades em sentido económico. A actividade industrial levada a cabo pelos habitantes das cidades realizava-se em pequenas oficinas cuja propriedade, juntamente com a propriedade dos instrumentos de trabalho, pertencia ao próprio artesano que nelas trabalhava com os familiares ou com um número reduzido de companheiros e aprendizes, considerados como se fossem pessoas de família.

Tratando-se de pequenos produtores autónomos, que viviam dos rendimentos do seu trabalho, realizados pela venda - que eles próprias faziam, sem intermediários - dos bens que produziam, não havia nas ‘cidades corporativas’ diferenças sociais relevantes: no fim da aprendizagem,

⁵ Propunham alguns que esses ‘mendigos’ fossem enviados para as galés por toda a vida, enquanto outros propunham que se desenvolvessem as manufacturas para absorver a força de trabalho dos ‘vagabundos’ (produzir era resolver os problemas). Entretanto, considerada a ‘mendicidade’ um delito punido pelo estado, estes ‘vagabundos’ foram sujeitos a violentos castigos corporais, podendo ser reduzidos a escravos de quem os denunciasse, ou mesmo condenados à morte. Só no reinado de Henrique VIII terão sido executados 72 000. Na *Utopia* (1516) Thomas Morus refere-se a este longo período de perseguições e humilhações.

os companheiros ascenderiam à categoria de mestres e ninguém auferia rendimentos que não proviessem do trabalho próprio, desenvolvido com vista à satisfação das necessidades do agregado familiar.

6.1. - Entretanto, o comércio desenvolveu-se por toda a Europa. E a constituição dos estados modernos, por volta do séc. XVI, veio alterar a situação das cidades e dos seus artesanos. Para poderem exercer a sua autoridade em todo o território nacional, e assim derrubarem as últimas manifestações de autoridade dos senhores feudais, os reis promoveram a abertura de pontes e estradas que facilitassem as comunicações. As relações entre as cidades tornaram-se mais fáceis e mais frequentes.

Este alargamento da zona de trocas, esta expansão do mercado e o conseqüente distanciamento dos consumidores iriam trazer novos problemas aos pequenos produtores artesanos. Por um lado, para trabalharem na sua oficina não podiam deslocar-se às feiras e mercados, cada vez mais distantes; por outro lado, dilatava-se o período de tempo entre o início da produção e o momento da venda; finalmente, era necessário produzir em mais larga escala e era necessário suportar as elevadas e crescentes despesas de transporte. E os artesanos não dispunham de meios financeiros para enfrentar estas novas exigências.

Daí que, a certa altura, os artesanos passassem a vender os seus produtos, não directamente aos consumidores, mas a um intermediário - o comerciante. Este é que passa a estar em contacto com o mercado, conhece as necessidades e o poder de compra. Não tarda que o artesano passe a produzir, não para o mercado, mas para o comerciante que lhe encomenda a produção. Quando isto acontece, o pequeno produtor perde o controlo do produto do seu trabalho, embora continue a dispor dos meios de produção.

Mas as necessidades de capital acentuar-se-ão com o progressivo desenvolvimento do comércio e a ampliação dos mercados (a população aumenta e a melhoria da rede de comunicações abre novos mercados). O comerciante passará a fornecer ele próprio ao artesano as matérias-primas e os instrumentos de produção necessários para produzir as quantidades correspondentes à procura acrescida.

Quando isto se verifica, o artesano acaba de perder a sua independência como produtor, pois passa a não dispor da propriedade dos meios de produção: labora matérias-primas que outrem lhe fornece com instrumentos de produção que não são seus. Passa a ter um 'patrão', o proprietário dos meios de produção, a quem entrega as mercadorias produzidas, mediante uma remuneração em dinheiro que é, de facto (não de direito), o seu 'salário'.

O produtor artesano continua, juridicamente, a vender ao comerciante os produtos que fabrica. Mas o comerciante-patrão deduz ao preço a importância

que cobra pelo adiantamento dos instrumentos de trabalho e das matérias-primas, não restando para o trabalhador artesano mais do que a remuneração da sua força de trabalho (o seu 'salário'). O produtor autónomo deu lugar ao 'assalariado', que continua a trabalhar no seu domicílio para um 'patrão' que tem vários outros 'assalariados', dispersos, a produzir por sua conta. Começa assim a penetração do capital na produção. Fala-se de indústria assalariada no domicílio.

6.2. - No séc. XVIII, porém, começou a desenvolver-se uma nova forma de organização da actividade produtiva, que antecipa e cria as bases para as grandes fábricas modernas: a manufactura, com a qual se inicia uma nova fase em que a iniciativa da produção passa a pertencer directamente aos proprietários dos meios de produção, agora já verdadeiros empresários capitalistas que utilizam mão-de-obra assalariada.

Com as manufacturas surgiu a empresa como organização produtiva. Ao concentrar os trabalhadores no mesmo local de trabalho, a manufactura permitiu a subdivisão do processo produtivo de cada produto numa série de operações parcelares, encarregando-se cada operário de apenas uma destas operações, tarefa que em breve realizará quase automaticamente, com grande rapidez e perfeição, sem ter que perder tempo em deslocações dentro da própria oficina e na adaptação a cada uma das várias tarefas. Esta especialização interna veio, sem dúvida, aumentar o "poder produtivo do trabalho", na expressão de Adam Smith. A parcelização do processo produtivo arrastou, por sua vez, a diferenciação e a especialização dos instrumentos de trabalho, que é outra característica das manufacturas.

A subdivisão do processo produtivo de cada bem em um grande número de operações parcelares vem tornar cada uma destas operações muito simples, permitindo que cada uma delas seja realizada por trabalhadores sem qualquer qualificação. E esta foi outra vantagem da manufactura para os empresários: permitiu a utilização de mão-de-obra não qualificada, a mão-de-obra barata das mulheres e das crianças e até de pessoas com deficiências mentais. E isto proporcionou uma redução substancial dos custos de produção, uma vez que, durante o período das manufacturas, o trabalho manual continuou a predominar na actividade industrial, constituindo os salários a maior parte das despesas totais da indústria.

Na óptica dos trabalhadores da indústria, os velhos artesãos perderam o que lhes restava da sua autonomia: passaram a trabalhar fora da sua casa ou da sua oficina; ficaram sujeitos a um horário de trabalho fixado pelo patrão; perderam o controlo do processo técnico de produção (a especialização interna, assente na fragmentação do processo de produção, veio desvalorizar o monopólio do conhecimento dos antigos mestres artesãos); passaram a ter de se sujeitar ao poder de direcção do dono da empresa. O produtor autónomo

da indústria urbana medieval transformou-se em 'mercenário', em trabalhador assalariado, vendendo a sua força de trabalho em troca de um salário. A propriedade capitalista e as relações de produção capitalistas (assentes na relação entre o empregador capitalista e o trabalhador assalariado excluído do acesso directo aos meios de produção) penetram assim na indústria.

6.3. - E são estas transformações económicas, operadas entre o séc. XVI e o séc. XVIII na agricultura e na indústria, é todo este processo evolutivo que permite compreender o aparecimento do proletariado moderno enquanto classe composta por indivíduos aos quais, uma vez desligados dos meios de produção da sua subsistência, só restou a alternativa de se deixarem contratar como mão-de-obra assalariada. E capitais não faltavam, que o comércio e a exploração coloniais tinham propiciado a acumulação de lucros fabulosos à burguesia mercantil da Holanda, da França e principalmente da Inglaterra.

O capitalismo, porém, só se instalaria como sistema dominante quando a burguesia logrou tomar o poder político e, a partir dele, instaurar a estrutura de poder e o enquadramento jurídico que lhe permitiram aplicar na produção os capitais acumulados e a mão-de-obra disponível, desenvolvendo a indústria à margem dos obstáculos institucionais do feudalismo. Só então o capitalismo se afirmaria como um modo de produção específico. Tal aconteceria pela primeira vez na Inglaterra nas últimas décadas do século XVIII.

7. – Entendem os melhores especialistas que os verdadeiros fundadores da ciência económica foram os fisiocratas. E para esta corrente do pensamento económico o direito de propriedade é a base em que assenta a sua visão da sociedade, a sociedade francesa do século XVIII, que anunciava já a Revolução que se aproximava.

Com efeito, para os fisiocratas, o direito de propriedade, entendido como "direito natural e essencial", "é o primeiro princípio de todos os direitos e de todos os deveres recíprocos que os homens devem ter entre eles", pelo que "não pode haver direito onde não existe a propriedade", uma vez que é "impossível imaginar um direito que não seja um desenvolvimento, uma consequência, uma aplicação do direito de propriedade. Eliminam o direito de propriedade e não ficam quaisquer direitos", conclui Mercier de La Rivière [sublinhados nossos. AN].

Segundo este mesmo autor, o domínio do proprietário sobre os seus bens é considerado "absoluto e sem limites (...); ele pode usar e abusar deles livremente, consumi-los, dá-los ou perdê-los. Este direito é inerente à sua plena propriedade". Identificando a propriedade com o "droit de jouir" e considerando este direito inseparável da "liberté de jouir", este discípulo de Quesnay defende que "atacar a propriedade é atacar a liberdade"; (...) perturbar a liberdade é

perturbar a propriedade; assim, propriedade, segurança, liberdade, eis o que nós buscamos e o que devemos encontrar evidentemente nas leis positivas que nos propomos instituir; eis o que devemos considerar a razão essencial destas mesmas leis”.

A esta luz, a propriedade já não é a propriedade imperfeita da ordem feudal, mas a plena propriedade, a propriedade perfeita, a propriedade absoluta e sem limites da ordem burguesa emergente.

Apoiados neste conceito de propriedade, os fisiocratas sustentam que a estrutura social assenta na “grande distinção, a única fundada na natureza, entre duas classes, a dos proprietários das terras e a dos não-proprietários”, sublinhando Turgot que a distinção entre elas radica “nos seus interesses e por conseguinte nos seus direitos diferentes relativamente à legislação, à administração da justiça e da política, à contribuição para as despesas públicas e ao emprego”. Faz sentido, a nosso ver, considerar que esta é uma distinção que tem por base a propriedade dos meios de produção (a terra e os avances feitos pelos proprietários) e a função que cada grupo social desempenha no processo económico de produção.

E esta divisão da sociedade em proprietários de terras e não-proprietários tem incidências imediatas na esfera dos direitos económicos, sociais e políticos dos membros de cada uma das classes. Com toda a clareza, os fisiocratas sustentam que os proprietários de terras são “os membros essenciais de uma nação” (Mercier de La Rivière), que só os proprietários gozam de direitos políticos e que só eles são membros de pleno direito do estado: “O soberano e os proprietários do produto líquido e disponível eis o que compõe o estado” (Mirabeau).

Esta identificação da titularidade do poder social e político com o direito de propriedade explicam-na os fisiocratas invocando que a própria sociedade assenta na propriedade; que o estado existe para a protecção da propriedade e dos interesses dos proprietários; que são estes que pagam o impôt unique e que, por isso mesmo, “suportam o fardo das despesas públicas” (Turgot); que, acima de tudo, só os proprietários estão verdadeiramente ‘enraizados’ na sociedade e verdadeiramente interessados na prossecução dos objectivos da ‘ordem natural’.

Repare-se neste texto do Abade Baudeau:⁶ “Um homem que incorpora os seus bens na terra, para a tornar mais frutificante, incorpora-se ele próprio nesse terreno, toma raiz no estado, se é permitido falar assim: a sua existência, as suas fruições estão intimamente ligadas ao território. Os proprietários fundiários pertencem portanto mais especialmente e mais intimamente a cada um dos Impérios”. [sublinhado nosso. AN]

⁶ Cfr. A. VACHET, ob. cit., 387-390.

Dirigindo-se ao soberano, Turgot sublinha que “a lei sagrada da propriedade (...) é uma lei anterior às leis civis, e a sua manutenção deve ser o único fim das instituições sociais”[sublinhado nosso]. É ainda Turgot quem defende que “o interesse principal ao qual todos os outros estão subordinados é o interesse dos proprietários”. Porque “é quando as suas propriedades forem tão protegidas quanto possível que eles extrairão a maior vantagem que puderem, que eles estarão interessados em valorizar quanto possível as suas terras, que as produções de todos os géneros se multiplicarão”.

A mesma tese é defendida pelo Marquês de Mirabeau: “o monarca acumula na sua pessoa dois direitos divinos, o da autoridade e o da propriedade; mas é o segundo que faz o primeiro. (...) O estado não tem, portanto, e não poderia ter interesses que não sejam também o interesse dos proprietários. Os direitos do estado são portanto os direitos dos proprietários”. [sublinhado nosso]

A defesa da origem divina deste direito natural legitimador do direito de propriedade é um ponto essencial do pensamento fisiocrático. Le Trosne é muito claro a este respeito: “O poder de fazer leis não pode pertencer aos homens, já que estes só poderiam abusar dele para sua perda e sua infelicidade. Deus reservou esse direito só para ele: a autoridade que ele confere aos homens não contém mais que um poder de execução, de aplicação e de administração”. [sublinhado nosso]

A mesma ideia é realçada por Dupont de Nemours: “as leis são todas feitas pela mão daquele que criou os direitos e os deveres. (...) As leis dos soberanos, que chamamos leis positivas, devem ser meros actos declaratórios daquelas leis essenciais da ordem social”. Na síntese deste último autor: “L'État est un législateur et non un légisfacteur, c'est un porteur de lois et non un faiseur de lois”.

E Quesnay insiste em que “todos os homens e todas as potências humanas devem ser submetidas às leis soberanas instituídas pelo Ser Supremo”, leis “imutáveis, irrefragáveis e as melhores leis possíveis”. “A submissão exacta e geral a estas leis sagradas - leis que, nas palavras de Le Trosne, “prescrevem unicamente a conservação do direito de propriedade e da liberdade que é inseparável dele” – é condição essencial para a sobrevivência da própria sociedade”. Estas leis, acentua Mercier de La Rivière, são “menos um presente da Divindade do que a própria Divindade”: “pecar contra a lei é pecar contra a Divindade”. [sublinhados nossos] Deus é assim proclamado como o instituidor e supremo protector do direito de propriedade.

Os fisiocratas insistem (neste caso, o Marquês de Mirabeau) em que “é impossível que o governo tenha em algum local precedido a propriedade, uma vez que a propriedade é necessária para manter os homens juntos e formar a sociedade, e o governo não pode ter sido anterior à sociedade. O governo

deriva portanto da propriedade e não a propriedade do governo”. [sublinhados nossos]

Na óptica dos fisiocratas, o governo (i.é, o estado) só apareceu depois de (e por causa de) ter aparecido a propriedade. Daqui deduzem a tese de que o estado existe para defesa da propriedade, e de que a sua tarefa fundamental é a de “assegurar entre os homens a propriedade e a liberdade, em conformidade com as leis naturais e essenciais da sociedade” (Mercier de La Rivière). Para tanto, o estado deve “operar pelo poder político ou militar” e “pela justiça distributiva”, para “punir, pelo magistério dos magistrados, o pequeno número de pessoas que atentam contra a propriedade de outrem”. (abade Baudeau)

O reconhecimento da natureza de classe do estado é inequívoco: o estado (o poder político e o poder militar, o direito e o poder judiciário) está ao serviço dos proprietários.

Defendendo um conceito de propriedade próximo do conceito de propriedade burguesa esnay, os fisiocratas lembram que “a desigualdade do direito natural não admite justo nem injusto no seu princípio: ela resulta da combinação das leis da natureza”. E Mercier de La Rivière: “O justo absoluto é uma justiça por essência, uma justiça que assenta de tal modo na natureza das coisas que seria necessário que elas deixassem de ser o que são para que esta justiça deixasse de ser o que ela é. O justo absoluto pode ser definido como uma ordem de direitos e de deveres que são de uma necessidade física e, por conseguinte, absoluta. Assim, o injusto absoluto é tudo o que se revela contrário a esta ordem (...). O que é de uma necessidade absoluta é também de uma justiça absoluta”.

Assim se compreende a célebre síntese de Quesnay: “Chez-nous, pour nous, tout est physique et le moral en derive”. Assim se compreende a sentença do Marquês de Mirabeau: “As leis morais não são mais do que injunções à nossa liberdade no sentido de obedecer às leis físicas”, que são leis naturais, leis que são a própria Divindade.

O recurso ao direito natural (= direito divino, produto da criação divina) em apoio da ‘nova ordem burguesa’ em gestação surge, a todas as luzes, como o modo mais expedito e mais eficiente de dar força a um estado e a um direito defensores dos valores burgueses, numa sociedade e num tempo em que a burguesia ainda não dominava completamente o aparelho de estado, o estado que faz as leis, o estado legislador, o estado que cria o direito (o direito positivado nas leis aprovadas pelos parlamentos dominados pela burguesia revolucionária triunfante), como viria a ser o estado burguês.

8. – A Revolução Francesa constituiu um marco decisivo na história do capitalismo. Anti-feudal, ela foi, essencialmente, uma revolução burguesa.

Em comparação com as outras revoluções burguesas do séc. XVIII e do séc. XIX, ela representa a via realmente revolucionária, centrada num terreno absolutamente político, de luta pela tomada do poder, luta que só terminou com a derrota das classes feudais e a vitória da burguesia, que destruiu a base económica do poder dos senhores feudais e liquidou fisicamente uma boa parte dos membros da velha classe dominante.

A Revolução destruiu a propriedade feudal sobre a terra e libertou os camponeses de todas as sujeições, abrindo o caminho da liberdade aos pequenos produtores e criando as condições para a divisão das massas camponesas em proprietários capitalistas e trabalhadores assalariados. A liberdade pessoal é, com efeito, condição do salariedade. Só quando os trabalhadores adquiriram o estatuto de homens livres ficaram em condições de poder contratar, podendo então vender a sua força de trabalho. A emergência de trabalhadores livres permitiu o aparecimento da força de trabalho como mercadoria autónoma.

Em 26 de Agosto de 1789, a Assembleia Constituinte aprovou os dezassete artigos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em cujo art. 1.º se proclama que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” e em cujo art. 17.º a propriedade é considerada como direito “inviolável e sagrado”.

Ao proclamar a igualdade como simples igualdade perante a lei e ao consagrar o direito de propriedade entre os direitos naturais e imprescritíveis, a Assembleia Constituinte abria uma contradição que a manutenção da escravatura (só abolida, para os negros das colónias francesas, por lei de 4 de Fevereiro de 1794) e a organização do sufrágio censitário vieram pôr a claro.

8.1. - Com efeito, cinco dias depois de ter aprovado a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Assembleia Constituinte começou a discutir a proposta de instituição do regime do sufrágio censitário e da divisão dos cidadãos em cidadãos activos e cidadãos passivos, proposta aprovada em Dezembro de 1789.

Citoyens passifs eram todos os que não pagassem determinado montante de imposto, excluídos do direito de votar e de ser eleito. Citoyens actifs eram aqueles que tinham determinado montante mínimo de rendimento e dividiam-se em três categorias, conforme a contribuição que pagavam: os que designavam os eleitores; os eleitores, a quem competia nomear os deputados; os que podiam ser eleitos deputados.

O movimento revolucionário, que começara com a rejeição do sistema de votação por ordens ou estados, considerado discriminatório por assegurar a maioria à nobreza e ao clero, vem afinal a adoptar um sistema de sufrágio igualmente discriminatório, mas agora em proveito dos proprietários e dos ricos e em desfavor dos pobres e dos não proprietários. De acordo com este critério, apenas 4 milhões de franceses (de um total de cerca de 25 milhões) eram considerados cidadãos activos e só uma pequena minoria de possidentes - a

“nova aristocracia dos ricos” de que falava Marat - ficava a ter acesso às cadeiras da Assembleia Nacional. Albert Soboul sublinha que “os direitos que a burguesia constituinte tinha concedido ao homem e ao cidadão foram apenas os do homem burguês, continuaram abstractos e teóricos para a massa dos cidadãos passivos”.⁷ Salientando que também na Inglaterra do século XVIII apenas uma pequena minoria de 300.000 homens gozava do direito de voto, Rogério Soares conclui: “as representações políticas da burguesia impõem uma forma de Estado Liberal que não é outra coisa senão uma aristocracia”.⁸

Poderemos sintetizar assim a ‘filosofia’ inspiradora do sufrágio censitário, ‘legitimadora’ desta **nova aristocracia do capital**: o *proprietário* pode manter uma família independente, em cujo seio pode alcançar-se o estatuto de sujeito crítico da coisa pública; só o *proprietário* está em condições de participar no governo da cidade: só vale como *homo politicus* o pai de família proprietário (dono de empresa).

Entendia-se, por um lado, que só aqueles a quem a propriedade assegurasse um determinado rendimento seriam capazes da independência e do esclarecimento exigidos a um sujeito político racional. Daí o afastamento do sufrágio imposto às mulheres, aos filhos e a todos os economicamente dependentes, cujos interesses se supõem idênticos aos do pai de família e do patrão, só a estes cabendo representar aqueles. A única excepção a esta regra eram os funcionários públicos, porque, em relação a eles, não pode aplicar-se a regra de que a sua representação cabe ao patrão.

Aceitava-se, por outro lado, que, garantida a liberdade para todos, qualquer um poderia enriquecer com base no seu trabalho, se fosse trabalhador, parcimonioso e inteligente. Por isso mesmo, excluir os que o não conseguissem significava apenas o afastamento dos preguiçosos e dos incapazes.

Repare-se nesta proclamação eloquente feita na Assembleia Nacional em 23.6.1795:

“Deveis garantir a propriedade do rico. A igualdade civil, eis tudo o que o homem razoável pode exigir... Devemos ser governados pelos melhores: os melhores são os mais instruídos e os mais interessados na manutenção das leis; ora, com bem poucas excepções, só encontrareis tais homens entre os que, possuindo uma propriedade, estão ligados ao país que a contém, às leis que a protegem, à tranquilidade que a conserva, e que devem a esta propriedade e às vantagens que ela propicia a educação que os tornou aptos a discutir leis que fixam a sorte da pátria. O país governado pelos proprietários vive na ordem social, aquele em que os não-proprietários governam está no estado de natureza”.

⁷ Cfr. A. SOBOUL, “Utopie...”, cit., 197.

⁸ Cfr. R. SOARES, *Direito Público...*, cit., 62.

Por vezes a justificação coloca mesmo os destituídos de propriedade num plano idêntico ao do “inimigo interno”: “aqueles que, pela sua pobreza, se vêem condenados a uma dependência constante, ou ao trabalho à jorna, não possuem mais inteligência do que as crianças, nem estão mais interessados do que os estrangeiros no bem-estar nacional”.⁹

O sistema consagrado nas leis da Revolução era, aliás, a concretização das concepções filosóficas que vinham de Voltaire e dos enciclopedistas.

Na 9ª das suas *Lettres de la Montagne* (1762), Rousseau defendeu que “o direito de propriedade é o mais sagrado de todos os direitos dos cidadãos” e que “a própria propriedade é apenas um meio para a aquisição sem entraves e posse segura”. Diderot sustentou que “é a propriedade que faz o cidadão”. E D’Holbach, escreveu que “só o proprietário é um verdadeiro cidadão”.

Os artigos de Voltaire no *Dictionnaire Philosophique* sobre *Egalité*, *Économie Publique* e *Propriété* vão claramente no mesmo sentido. Segundo o filósofo, a sociedade tem de estar necessariamente dividida em duas classes, “uma dos ricos que mandam, outra dos pobres que servem”, acrescentando que “o género humano, tal como é, só pode subsistir se existir uma infinidade de homens úteis que não possuam absolutamente nada; porque, com toda a certeza, um homem que não tenha dificuldades não deixará a sua terra para vir trabalhar na vossa; e, se tiverdes necessidade de um par de sapatos, não será um mestre de cerimónias que vo-lo fará”.

Chama-se a atenção para este último trecho para realçar o seu significado: os homens cujas concepções alimentaram os ideais dos revolucionários de 1789 entendiam que a nova ordem burguesa devia assentar no postulado de que a propriedade de uns implica a exclusão da propriedade de todos os outros (a “infinidade dos homens úteis que não possuem absolutamente nada”). Aqui transparece, por oposição ao conceito feudal da propriedade imperfeita (porque limitada pelo direito dos servos a nela permanecer e a nela prover à satisfação das suas necessidades) o conceito da propriedade burguesa, enquanto propriedade perfeita, absoluta e exclusiva, implicando a separação completa dos não-proprietários relativamente aos meios de produção. Aqui transparece também o reconhecimento da estrutura de classes própria da sociedade capitalista.

8.2. - Em 1792 por pressão dos *sans-culottes* de Paris, inicia-se o período do Terror, que durante dois anos concretizou a realização de algumas aspirações das camadas populares e a esperança de estas imporem à França o seu programa. Em Setembro de 1792 a Convenção proclama a República e Luís XVI foi executado em Janeiro de 1793.

⁹ Benjamin Constant, *apud* V. S. POKROVSKI, *História das Ideologias*, cit., III, 75.

As primeiras medidas adoptadas pelo Comité de Salvação Pública presidido por Robespierre caracterizaram-se por uma feição ‘socializante’: instituição da partilha igual das heranças, mesmo a favor dos filhos naturais, de modo a promover a fragmentação da riqueza; criação de um imposto sobre os ricos; divisão em pequenos lotes dos bens dos emigrados e dos bens comunais; atribuição aos ‘patriotas indigentes’ dos bens dos ‘suspeitos’; institucionalização de um esquema de segurança social, com assistência médica garantida no domicílio, pensões por doença e velhice, subsídios às famílias numerosas; proclamação do carácter obrigatório, gratuito e laico do ensino básico; tentativa de direcção da economia, para harmonizar os preços com os salários e garantir assim a subsistência de todos; nacionalização da produção de guerra e do comércio externo, etc..

O igualitarismo, reflectido na *égalité des jouissances* (que garantiria a felicidade comum) era a ideia motriz e a reivindicação central dos *sans-culottes*. A República tinha o dever de “assegurar a todos os meios de obter os géneros de primeira necessidade, a quantidade sem a qual não se poderá conservar a existência”. Mas esta “*égalité des jouissances*” não conduzia à supressão do direito de propriedade consagrado nos textos constitucionais, implicava apenas a sua limitação enquanto direito absoluto.

Esta santa igualdade foi uma constante no pensamento francês do séc. XVIII, iluminando o anseio de uma República onde nenhuma pessoa se encontrasse “sob a dependência directa e não recíproca de qualquer outro particular”. Este objectivo igualitarista e o objectivo de assegurar a subsistência de todos marcaram a actuação dos Jacobinos, o pensamento de Robespierre e de Saint-Just, centrado no ideal de uma sociedade de pequenos proprietários-produtores independentes, em que a propriedade seria sempre fundada no trabalho pessoal.

O projecto igualitarista e as suas contradições estão patentes em vários escritos de Robespierre: “O primeiro direito é o de existir – escreveu ele em 1793; a primeira lei social é a que garante a todos os membros da sociedade os meios de existir; todas as outras estão subordinadas a esta”.

Daí a sua crítica ao direito de propriedade, tal como o consagrava a Declaração de 1789: “Definindo a liberdade como o primeiro dos bens do homem, o mais sagrado dos direitos que ele recebe da natureza, dissestes com razão que ela tinha por limites os direitos de outrem. Porque não aplicastes este princípio à propriedade que é uma instituição social?... Multiplicastes os artigos para assegurar a mais ampla liberdade ao exercício da propriedade e não dissestes uma palavra para determinar a sua legitimidade; de maneira que a vossa Declaração parece feita, não para os homens, mas para os ricos, para os açambarcadores e para os tiranos”.

Daí o seu entendimento do direito de propriedade, não como direito natural e imprescritível, anterior à própria organização social, mas como uma

instituição social, um direito inscrito em determinada realidade histórica, definido e limitado pela lei: “a propriedade é o direito que têm todos os cidadãos de gozar e de dispor da porção de bens que lhes é garantida pela lei”.

Nas *Institutions Républicaines* (1794), Saint-Just define de modo paradigmático o pensamento jacobino : “Il ne faut ni riches ni pauvres... L'opulence est une infamie”. Por isso o bom cidadão seria “o que não possui mais bens do que aqueles que as leis lhe permitem possuir”. Daí que o objectivo da Revolução fosse o de “dar a todos os franceses os meios de satisfazer as primeiras necessidades sem outra dependência que não fosse a das leis e sem dependência mútua no estado civil”. “É preciso que o homem viva independente”!

Sempre presente - como se vê - o ideal de uma sociedade constituída por pequenos proprietários e produtores independentes, ideal impossível, em contradição com as estruturas de uma sociedade em que a força de trabalho de trabalhadores livres adquiriu a categoria de mercadoria, em que a propriedade (ou a apropriação) de uns implica a não-propriedade (ou a não-apropriação) de outros, cimentando-se a propriedade daqueles no recurso ao trabalho assalariado destes. Uma sociedade em que a concentração da propriedade nas mãos de um pequeno estrato da burguesia arrasta consigo a liquidação dos pequenos produtores independentes, substituindo a propriedade fundada no trabalho pessoal pela propriedade fundada no e acrescentada pelo regime do salariato.

8.3. - Radicalizando o debate e a luta, Babeuf e os seus seguidores vieram desmistificar a igualdade de direitos consagrada no art. 1.º da Constituição de 1791, proclamando, como objectivo da República dos Iguais, a igualdade real (não a mera igualdade civil).

O Manifeste des Égaux (30.11.1795) aponta o caminho: “o único meio de chegar à igualdade de facto é estabelecer a administração comum, suprimir a propriedade particular, ligar cada homem às suas aptidões, à indústria que ele conhece, obrigá-lo a depositar o respectivo fruto em espécie no armazém comum; e estabelecer uma simples administração de distribuição, uma administração das subsistências que, registando todos os indivíduos e todas as coisas, fará repartir estas dentro da mais escrupulosa igualdade”.

Com razão os autores qualificam as teses de Babeuf como um comunismo de repartição e de consumo. A França de 1795 não permitia ainda a confiança no industrialismo, que viria a caracterizar a obra de Saint-Simon. Não admira, por isso, que as propostas dos Iguais veiculem um certo pessimismo económico, traduzido no facto de não haver nenhuma referência a uma sociedade comunista alicerçada na abundância dos bens de consumo.

Apesar disso, dve salientar-se que Babeuf foi além do pensamento da *sans-culotterie* e dos jacobinos, ultrapassando o apego destes à propriedade

privada fundada no trabalho pessoal, deixando para trás aquilo a que um autor chamou “a ilusão burguesa do pequeno proprietário”.

8.4. - Os caminhos da Revolução Francesa não foram, porém, os preconizados por Babeuf. Em 1804 Napoleão promulga o Code Civil (ainda hoje conhecido por Code Napoléon), que representa um marco fundamental na consolidação da nova ordem burguesa. Não falta quem defenda que este Código tem um artigo principal, o que define a propriedade, dele decorrendo todos os outros.

8.5. - Em 1830, os trabalhadores e os pobres desceram à rua mais uma vez e mais uma vez foram vencidos. Por essa altura, acentuava-se o desenvolvimento da indústria capitalista, que viria a traduzir-se no agravamento das condições de vida e na degradação pessoal de milhões de trabalhadores, permitindo a conclusão de Fourier, segundo o qual, “en civilisation, la pauvreté naît de l’abondance même”. Começava a fazer caminho a tese de que o estado deve intervir para minorar os males provocados pelo mercado livre, acreditando-se, com Lacordaire, que “entre o forte e fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.

O grau de compreensão da realidade francesa desse tempo é expresso por Buret nesta sua interrogação: “A acumulação dos capitais nas mãos de um pequeno número de indivíduos, o aparecimento dessas grandes entidades mercantis que chamamos capitalistas, não correspondem naturalmente à constituição regular dessas famílias privilegiadas dos tempos feudais que absorviam em seu proveito toda a independência e todos os direitos?”

Mesmo entre a classe dos empresários industriais começava a acreditar-se, por volta de 1847, que “as ideias comunistas e socialistas começam a expandir-se e a ganhar raízes com uma rapidez assustadora e poderão transformar-se em factos de um dia para o outro e pôr em perigo toda a sociedade, na medida em que ela não tenha posto cobro a esses intoleráveis abusos” (Daniel Legrand, um grande industrial do tempo). Em Janeiro de 1848, Tocqueville perguntava na Câmara dos Deputados: “Não vedes que se expandem pouco a pouco no seio das classes trabalhadoras opiniões que não visam apenas substituir determinadas leis, um dado ministério, mesmo um certo governo, mas a sociedade, subvertendo as bases sobre as quais ela assenta hoje?”

Neste mesmo ano de 1848, foi publicado o Manifesto Comunista, que começa exactamente com esta observação: “Anda um espectro pela Europa – o espectro do comunismo”. Nele se preconiza que a passagem ao socialismo pressupõe a abolição da propriedade capitalista, na qual assenta a exploração do homem pelo homem nas actuais condições históricas.

De 22 a 26 de Junho de 1848, lutou-se de novo nas ruas de Paris, iniciando-se o que muitos consideram “a primeira grande batalha entre as duas classes que dividem a sociedade moderna”. Derrotados os trabalhadores pelas armas do general Cavaignac, poderemos dizer que a conclusão foi esta: “até então as classes não se conheciam. A partir dessa altura, tornaram-se inimigas”.¹⁰

Pouco depois, o Partido da Ordem clamava ser necessário “que os defensores da ordem tomem a ofensiva contra o partido vermelho”, acrescentando-se que “entre o socialismo e a sociedade [a (grande) burguesia, entenda-se] existe um duelo de morte, uma guerra impiedosa, sem quartel; neste duelo desesperado, é necessário que um ou outro desapareça; se a sociedade não liquida o socialismo, será o socialismo a liquidar a sociedade”. Abolido o sufrágio universal, e restaurado o regime censitário, em 1852 um golpe de estado pôe termo à Segunda República, dando início ao Segundo Império, que duraria até 1870.

8.6. - Em 18 de Março de 1871 o povo de Paris proclamou a Comuna de Paris, a qual haveria de manter-se durante 72 dias (até 28 de Maio de 1871).

Dos 65 membros do Conselho Geral da Comuna, 25 eram operários, a maior parte artesãos das indústrias tradicionais, embora o peso dos operários dos novos ramos industriais fosse maior que em 1848. No seio da Comuna não havia separação de poderes, pois a Comuna não foi concebida como um organismo de tipo parlamentar, mas antes como um corpo actuante, simultaneamente legislativo e executivo.

De entre os objectivos proclamados e as medidas adoptadas na sua curta vigência, alguns apresentam-se com intenções socialisantes, que transparecem claramente em várias proclamações da Comuna: “Trabalhadores, não vos enganéis, é a grande luta, é a luta entre o parasitismo e o trabalho, entre a exploração e a produção (...)” - afirma-se num manifesto do Comité Central da Guarda Nacional, de 5 de Abril de 1871.

Este diagnóstico explica algumas das medidas tomadas pela Comuna, como a entrega aos Sindicatos da tarefa de elaborar uma estatística dos ateliers abandonados pelos antigos donos, com o objectivo de entregar a sua administração aos trabalhadores neles empregados, associados em cooperativas. Em Abril, numa Déclaration au Peuple Français, a Comuna propõe-se “o fim do velho mundo (...) da exploração, da agiotagem, dos monopólios, dos privilégios aos quais o proletariado deve a sua servidão, a pátria as suas desgraças e os seus desastres”. E em Maio é apresentada a proposta de expropriar, mediante indemnização, “todos os grandes ateliers dos monopolistas”.

Marx considerou a Comuna “essencialmente um governo da classe operária”, “a primeira revolução em que a classe operária era abertamente

¹⁰ Cfr. A. Dansette, ob. cit., 32.

reconhecida como a única capaz de iniciativa social, mesmo pela grande massa da classe média de Paris (...), exceptuados apenas os ricos capitalistas". E o facto é que as teses marxistas conheceram, depois da Comuna, uma audiência crescente.

Com Jean Bruhat, talvez possamos dizer que "a grande medida social da Comuna foi a sua própria existência": "o movimento operário e o socialismo não podem continuar a ser o que eram na manhã de 18 de Março".¹¹

Vencidos os *communards* acabaram por ser vencidos pelas tropas de MacMahon (28 de Maio de 1871), seguiu-se uma repressão que afectou sobretudo os elementos operários e se traduziu em cerca de 25 mil fuzilados, umas 40 mil prisões e umas 14 mil condenações a pesadas penas de prisão e deportação. Decretado o estado de sítio, a situação manteve-se até Abril de 1876. Em Março de 1873, a lei Dufaure veio prescrever que "constituirá um atentado contra a paz pública, pelo simples facto da sua existência e da sua ramificação em território francês, toda a associação internacional que, sob qualquer designação, nomeadamente sob a de Associação Internacional dos Trabalhadores, tiver por fim incitar à suspensão do trabalho, à abolição do direito de propriedade, da família, da pátria ou dos cultos reconhecidos pelo Estado".

9. - No último quartel do século XVIII, Adam Smith, um dos pais fundadores do liberalismo, apercebe-se com clareza da nova estrutura social própria da sociedade capitalista emergente.

De um lado, os trabalhadores assalariados, que possuem apenas "a sua força e habilidade de mãos", não possuindo "o capital suficiente, tanto para comprar as matérias-primas necessárias ao seu trabalho, como para se manter até ele se achar terminado". A sua liberdade de trabalhar apresenta-se, verdadeiramente, como necessidade de trabalhar, porque eles "vivem dos salários", são obrigados a trabalhar para sobreviver.

Do outro lado, os "patrões", os "proprietários do capital", que, se disso esperarem obter um lucro, compram aos trabalhadores a sua força de trabalho, através do contrato de trabalho assalariado.

9.1. - Antecipando Marx, Adam Smith compreende que a nova sociedade capitalista assenta em duas classes sociais, uma que detém a propriedade do capital, outra que detém apenas "a sua força e habilidade mãos", duas classes "cujos interesses não são de modo algum idênticos", como salienta o autor.

Nestas condições – observa Adam Smith - em todos os conflitos sociais, "os patrões podem resistir por muito mais tempo. Um proprietário, um rendeiro, um dono de fábrica, ou um comerciante, poderiam normalmente subsistir um ou dois anos sem empregar um único trabalhador, com base no pecúlio

¹¹ Cfr. J. Bruhat, "Les socialistes...", cit., 533.

previamente acumulado. Muitos trabalhadores não conseguiriam subsistir uma semana, poucos subsistiriam um mês, e praticamente nenhum sobreviveria um ano sem emprego. A longo prazo, o operário pode ser tão necessário ao patrão como o patrão é necessário a ele, mas a necessidade não é tão imediata”.

Perante homens desesperados, a quem só resta morrer de fome, é natural que os patrões tirem vantagem, até porque contam com “o auxílio das autoridades civis”, sendo que a intervenção do estado acaba por desequilibrar ainda mais a relação de forças naturalmente favorável aos empregadores capitalistas, que acabam sempre por obrigar a outra parte a “aceitar os seus próprios termos”.

O filósofo-economista é particularmente sensível ao carácter conflituante das novas sociedades capitalistas. E tem a clara consciência de que o capitalismo se anuncia como a civilização das desigualdades, porque “sempre que há muita propriedade, há grande desigualdade”, porque “por cada homem rico haverá, pelo menos, quinhentos homens pobres”, e porque “a propriedade de uns poucos pressupõe a indigência de muitos”, porque nas “nações civilizadas e prósperas (...) um grande número de pessoas não exerce qualquer actividade e muitas delas consomem o produto de dez vezes, frequentemente de cem vezes, mais trabalho do que aqueles que as exercem”.

Como se escrevesse nos nossos dias, Adam Smith deixa muito clara a sua ideia de que o estado não é neutro quando regula questões relativas às ‘relações industriais’: “sempre que a legislação procura regular os diferendos entre os mestres e os seus operários, é dos mestres que toma conselho.” Resultado: “Sempre que a lei tem procurado regulamentar os salários dos trabalhadores, tem sido mais para os baixar do que para os subir.” Mais. Segundo Adam Smith, “quando a legislação favoreça os operários, ela é quase sempre justa e equitativa, o que nem sempre acontece quando é favorável aos mestres.” O estado não está, pois, ao serviço dos interesses dos trabalhadores e a voz destes “é pouco ouvida e menos considerada nas deliberações públicas, excepto em casos particulares, quando o seu clamor é animado, incitado e apoiado pelos patrões, não com o fim de servir os interesses dos trabalhadores, mas os seus”.

9.2. – A ponderação do direito de propriedade é a pedra angular em que assenta a teoria do estado smithiana, configurando o estado (o estado capitalista) como um estado de classe (antecipando Marx, como pretendem alguns autores). Escrevendo quando o estado capitalista dava os primeiros passos, a análise de Adam Smith sobre a origem e a evolução do estado radica no estudo da evolução histórica. Certos trechos de Riqueza das Nações lembram alguns trabalhos de Engels sobre este mesmo tema. Ora vejamos.

“Entre caçadores – escreve ele - raramente existe a propriedade ou, pelo menos, propriedades superiores a dois ou três dias de trabalho, raramente existe qualquer magistrado, ou qualquer administração regular da justiça.” O

governo civil (o estado) não é necessário.

“É na era dos pastores, no segundo período da sociedade – escreve mais à frente Adam Smith –, que surge pela primeira vez a desigualdade de fortuna, introduzindo no seio dos homens um grau de autoridade e subordinação anteriormente impossível de existir. Introduce, assim, em certa medida, esse governo civil indispensável à sua própria manutenção”. “A aquisição de propriedades valiosas e vastas — conclui Adam Smith — exige, necessariamente, o estabelecimento de um governo civil”. Os donos destas propriedades “constituem uma espécie de aristocracia que tem todo o interesse em defender a propriedade e em apoiar a autoridade do seu soberano a fim de este poder defender a sua própria propriedade e apoiar a sua autoridade”.

Na esteira de Locke (Civil Government, §94: “o governo não tem qualquer outro objectivo que não seja a preservação da propriedade”), Smith conclui com a noção sobejamente conhecida: “o governo civil, na medida em que é instituído com vista à segurança da propriedade, é, na realidade, instituído com vista à defesa dos ricos em prejuízo dos pobres, ou daqueles que possuem alguma propriedade em detrimento daqueles que nada possuem”.

10. - Ricardo – como Smith – verificou, sem a conseguir explicar, a não-coincidência entre a quantidade de trabalho fornecida pelos trabalhadores e o salário que lhes é pago. Os dois clássicos ingleses, dando-se conta de que os capitalistas e os proprietários de terras recebem rendimentos sem trabalhar, aceitam que eles auferem uma parte do valor criado pelo trabalho, explicando tudo em funções das leis naturais que regulam a economia. E os socialistas pré-marxistas defendem que os capitalistas ‘roubam’ os operários, comprando o trabalho abaixo do seu real valor.

Marx veio colocar o problema à margem dos juízos morais do socialismo utópico e procurou, com a sua construção, mostrar, teoricamente, que o lucro é um elemento essencial do capitalismo e não um elemento acidental (como poderia ser o roubo), apresentando o capitalismo como um sistema de exploração necessária, desligando a exploração de qualquer atitude voluntarística, por parte dos capitalistas, e apresentando-a como um corolário lógico das próprias leis de funcionamento do capitalismo, rejeitando a explicação através de ‘leis naturais’, mas rejeitando também a sua ‘condenação’ com base em juízos morais.

Ricardo não conseguiu resolver a dúvida fundamental que consiste em saber que motivo explica o facto de o trabalho assalariado – sendo uma mercadoria como qualquer outra – não ser pago pelo seu valor, como as outras mercadorias. Porque não vale para esta mercadoria (trabalho assalariado) a lei do valor?

Retomando neste ponto a teoria ricardiana, Marx procura ultrapassar o impasse contido na questão enunciada: “Posta deste modo – escreve Marx –, a questão é insolúvel, pois se opõe o trabalho como tal à mercadoria, uma certa quantidade de trabalho vivo a uma certa quantidade de trabalho realizado”.

não havendo qualquer medida comum entre o trabalho vivo, criador de valor, e o trabalho realizado sob a forma de produto, de objecto.

Desfazendo a confusão que aponta a Ricardo, Marx defende que o capitalista compra a força de trabalho do operário (i.é, a capacidade física e psíquica de trabalho do operário) e não o trabalho. E logo acrescenta que esta mercadoria-força de trabalho é paga pelo seu valor, segundo a lei geral da economia capitalista enunciada por Ricardo – a lei do valor.

Nos quadros do capitalismo, o empregador capitalista compra a força de trabalho pelo seu valor, correspondente à quantidade de trabalho que a sociedade consagra à manutenção e reprodução da força de trabalho: “Comprando a força de trabalho do operário e pagando-a pelo seu valor – escreve Marx – , o capitalista, como qualquer outro comprador, adquiriu o direito de consumir ou de usar a mercadoria que comprou. Consome-se ou utiliza-se a força de trabalho de um homem fazendo-o trabalhar, assim como se consome ou se utiliza uma máquina fazendo-a funcionar. Pela compra do valor diário ou semanal da força de trabalho do operário, o capitalista adquiriu, portanto, o direito de se servir desta força, de a fazer trabalhar, durante todo o dia ou toda a semana”.

Ao desenvolver a actividade produtiva, o capitalista vai utilizar, portanto, a força de trabalho assalariada. Esta mercadoria tem a propriedade de fornecer trabalho, de produzir valor em quantidade variável, independente do seu próprio valor e em princípio superior a este valor. O capitalista pode, assim, apropriar-se da diferença entre este valor (i. é, o salário, como sua expressão monetária) e o valor total criado pelo exercício do trabalho.

Os salários seriam o pagamento do equivalente pelo equivalente. O ganho do empregador (mais-valia) é, portanto, a diferença entre o valor da força de trabalho (que o capitalista leva à conta dos custos de produção sob a forma de salários) e o valor que a força de trabalho cria (que o capitalista realiza pela venda das mercadorias no mercado, mesmo quando estas são vendidas pelo seu valor). Dito de outro modo: a mais-valia traduz-se na diferença entre o valor da força de trabalho (quantidade de trabalho necessário para a manutenção e a reprodução dos trabalhadores, correspondente ao que estes recebem a título de salário) e o seu produto (quantidade de trabalho fornecido). Essa diferença é trabalho não pago, trabalho excedente, uma vez que o salário só paga o trabalho necessário. E pertence aos proprietários dos meios de produção, que compraram a força de trabalho aos trabalhadores desprovidos de qualquer outra propriedade, “os operários modernos, que só vivem se encontrarem trabalho e que só encontram trabalho se o trabalho aumentar o capital – os operários obrigados a vender-se dia a dia, que são uma mercadoria, um artigo de comércio como outro qualquer” (são palavras do Manifesto Comunista).

Na apropriação, pelos empregadores capitalistas, da mais-valia produzida pelo trabalho desenvolvido pelos trabalhadores assalariados reside a exploração inerente ao sistema capitalista, enquanto sistema que assenta na propriedade

privada (capitalista) dos meios de produção e no recurso ao trabalho assalariado, ao trabalho livre, i.é, ao trabalho de indivíduos que são legalmente livres, mas que são, por razões económicas (de pura sobrevivência), compelidos a vender no respectivo mercado a sua força de trabalho.

Desta relação exploradores-explorados (resultante da posição diferente de uns e de outros no que toca à propriedade dos meios de produção) arranca Marx a sua classificação do capitalismo como sistema que se desenvolve numa sociedade de classes e assenta na exploração de uma classe por outra classe, o que explica que, neste contexto, as classes sociais se apresentem como classes antagonicas, portadoras de interesses inconciliáveis. Por um lado, os que recebem a mais-valia (os capitalistas); por outro lado, os que produzem a mais-valia e não podem apropriar-se dela por não serem proprietários dos meios de produção.

Este antagonismo entre capitalistas e assalariados (entre o capital e o trabalho) aparecia assim como elemento essencial do capitalismo industrial, ultrapassando o antagonismo que Ricardo apontara (num período em que a burguesia industrial lutava ainda pela sua afirmação) entre a classe dos proprietários rurais de recorte feudal e a nova burguesia industrial.

Dos trabalhos de Marx resulta que a força de trabalho só se transformou em mercadoria em determinadas condições históricas (as condições históricas do capitalismo), quando a evolução histórica criou, por um lado, uma classe constituída por homens livres que só são 'proprietários' da sua capacidade de trabalho, e por outro lado, uma classe constituída pelos proprietários dos meios de produção, que, tendo capital acumulado, precisam de (e têm condições para) adquirir a força de trabalho indispensável para levar por diante a actividade produtiva.

Na construção de Marx, a noção de mais-valia vem tornar claro que uma parte do valor criado pela força de trabalho não vai pertencer aos trabalhadores. A mais-valia é apropriada pelos empregadores capitalistas, sem qualquer justificação moral baseada na quantidade de trabalho por eles despendida. Os capitalistas expropriam, deste modo, uma parte do valor criado pelos trabalhadores assalariados; estes são, nessa medida, explorados.

Em vez da distribuição natural do produto do trabalho entre as diferentes classes, Marx defende que a distribuição do produto do trabalho é uma consequência lógica da natureza das relações sociais de produção características do capitalismo, marcadas pela diferente posição dos empregadores-capitalistas e dos trabalhadores assalariados relativamente à propriedade dos meios de produção e conseqüente antagonismo de interesses entre estas duas classes sociais. Os primeiros, por serem proprietários dos meios de produção, estão em condições de adquirir, através de contrato, a força de trabalho dos trabalhadores e de se apropriarem, nos termos desse mesmo contrato, de tudo o que resultar da utilização da mercadoria-força-de-trabalho depois de pagos os salários; os

segundos, por não disporem dos meios de produção, vêem-se ‘obrigados’ a trabalhar para os patrões capitalistas a troco do pagamento do salário (que é apenas uma parte do valor que a força de trabalho cria), bem conscientes de que - como já sublinhara Adam Smith – “o patrão não teria qualquer interesse em empregá-los se não esperasse obter, com a venda do seu trabalho, um pouco mais do que o necessário para reconstruir a sua riqueza inicial”.

Antes de Marx o conceito de classe tinha sido elaborado pelos historiadores franceses da Restauração (Guizot e Thierry, v.g.) e pelos economistas ingleses, e a noção de proletariado foi apresentada pelos socialistas utópicos (que distinguiram nele mais a sua miséria e o seu sofrimento do que a sua missão histórica revolucionária e a sua força de luta).

Recordemos que Adam Smith e David Ricardo já se tinham apercebido de que, nas sociedades capitalistas, a estrutura de classes tenderia a apresentar duas classes determinantes, entre as quais se desenvolvem os conflitos sociais. Adam Smith fala de uma situação “em que o trabalhador é uma pessoa e o proprietário do capital, que o emprega, é outra”, pondo em confronto o trabalhador e o proprietário do capital.¹² Ricardo, parafraseando Adam Smith, refere-se a uma sociedade em que “todas as armas necessárias para caçar o castor e o veado possam pertencer a uma classe de homens e o trabalho empregado na sua caça possa ser oferecido por outra classe”, ou seja, uma classe de homens é proprietária de todo o capital, oferecendo a outra classe o trabalho.¹³

O próprio Marx releva que o antagonismo dos interesses de classe (nomeadamente a classe moribunda dos senhores feudais proprietários de terras e a nova e revolucionária burguesia industrial) está no centro da análise de Ricardo, embora aponte as suas limitações (Posfácio da 2ª ed. alemã de *O Capital*): “Ricardo é o primeiro economista a fazer deliberadamente do antagonismo dos interesses de classe, da oposição entre salário e lucro, lucro e renda, o ponto de partida das suas investigações. Este antagonismo, com efeito inseparável da própria existência das classes de que a sociedade burguesa se compõe, formula-o ele ingenuamente como a lei natural, imutável, da sociedade humana. Estava atingido o limite que a ciência burguesa nunca venceria. A Crítica ergueu-se perante ela, ainda em vida de Ricardo, na pessoa de Sismondí”.

Marx e Engels preocuparam-se em mostrar a simplificação dos antagonismos de classe nas novas sociedades capitalistas, com a tendência para se definirem, cada vez mais em duas grandes classes antagónicas: a burguesia e o proletariado, entendendo “por burguesia a classe dos capitalistas modernos, proprietários dos meios de produção, que exploram o trabalho assalariado, e por proletariado a classe dos trabalhadores modernos que, não possuindo nenhum meio de produção, se vêem obrigados a vender a sua força de trabalho para poder viver”.

¹² Cfr. A. SMITH, *Riqueza das Nações*, ed. cit., 176.

¹³ Cfr. D. RICARDO, *Princípios*, ed. cit., 44.

O que distingue, a este respeito, a teoria marxista é a inserção das classes sociais no sistema social de produção e a tese segundo a qual o desenvolvimento das sociedades assenta no conflito entre as classes, cujas contradições levarão à sua superação por um novo tipo de sociedade sem classes: “a história da humanidade até aos nossos dias é a história da luta de classes” (lê-se no Manifesto).

Abolida que seja a propriedade burguesa, “no lugar da antiga sociedade burguesa, com as suas classes e os seus antagonismos de classes, surge uma associação em que o livre desenvolvimento de cada um é a condição do livre desenvolvimento de todos” (Manifesto Comunista).

Só nesta fase de evolução o poder público deixará de ter sentido como poder político. Nestas condições – como escreveu Engels¹⁴ –, o estado, “chegando, por fim, a ser o representante de uma sociedade inteira, torna-se supérfluo”; só então “deixa de ser necessário um poder especial de repressão, ou seja, o estado”: “A intervenção do estado nos assuntos sociais – conclui Engels – torna-se progressivamente supérflua e acaba por extinguir-se. A administração das coisas e a direcção dos processos de produção substitui o governo das pessoas. O estado não é ‘abolido’; morre”. [só a palavra morre vem sublinhada por Engels].

11. – Nas páginas anteriores procuramos mostrar como a questão da propriedade foi importante na passagem do feudalismo para o capitalismo e no período de arranque deste modo de produção. Passamos agora para a fase do capitalismo maduro, para o período que se seguiu ao fim da 1ª Guerra Mundial, procurando deixar claro como as questões à volta do direito de propriedade continuam no primeiro plano da compreensão das novas formas que o capitalismo assumiu, tendo em vista que, entretanto, do bojo da Guerra e das contradições inter-imperialistas que ela evidenciou, saiu a Revolução de Outubro de 1917, a primeira experiência de construção do socialismo a partir de uma revolução impulsionada pelo proletariado industrial e pelos camponeses pobres sem terra, tendo como ponto de partida a abolição da propriedade capitalista (e a liquidação do que ainda permanecia, sobretudo na agricultura, da velha propriedade feudal, assente no instituto da servidão pessoal).

Derrotada a tentativa de implantar na Alemanha uma República dos Conselhos, à semelhança dos soviets russos (1918), a Constituição de Weimar vem pôr em causa o carácter intocável da propriedade privada, assumindo o princípio de que não pode confiar-se ao capital privado a gestão de determinados sectores de produção, nomeadamente os de notória utilidade social (a produção e distribuição da energia foi, então, o exemplo mais relevante). A nacionalização das “empresas susceptíveis de socialização” (§ 1º do art. 156º) é considerada um instrumento adequado para integrar na propriedade do estado aqueles bens económicos de utilidade social e ainda as empresas que laboram em situação

¹⁴ Cfr. *Anti-Düring*, ed. cit., 344/345.

de monopólio.

Mas o compromisso weimariano marca a diferença entre o estado social e o estado socialista, na medida em que se recusava o confisco puro e simples da propriedade privada, garantindo sempre aos expropriados uma qualquer contrapartida, embora não necessariamente uma compensação tanto por tanto, em termos civilísticos (igual ao valor dos bens expropriados), admitindo-se que a 'indenização' devida poderia traduzir-se na manutenção dos antigos proprietários na administração da empresa, após a sua passagem para a titularidade do estado.

A par da nacionalização como instrumento mais 'radical', a Constituição de Weimar consagrou outros instrumentos que permitiam a intervenção do estado na economia, ou, se preferirmos, a disciplina da propriedade privada. É o caso, típico, do princípio da função social da propriedade: o § 3º do art. 153º, ao determinar que "a propriedade obriga", que "o seu uso deve estar ao serviço não só do interesse privado mas também do bem comum", consagrou uma outra via de 'socializar' a propriedade privada, não só retirando aos proprietários o direito de abusar da sua propriedade, mas também cominando-lhes o dever de a colocar ao serviço dos interesses da colectividade. Na interpretação mais 'avançada', aquela norma constitucional impunha aos proprietários comandos positivos quanto ao modo e ao sentido da utilização dos bens de sua propriedade, não se limitando a consagrar um mero limite negativo ao direito de propriedade.

Nesta mesma linha de orientação podemos incluir a consagração (art. 165º) do princípio da cogestão (Mitbestimmung), através do qual se garantia, em determinadas circunstâncias, a participação dos trabalhadores na gestão das empresas. Trata-se de uma outra limitação à liberdade absoluta do capital, de um instrumento que, mais uma vez, visava 'amarrar' as empresas privadas às suas responsabilidades sociais, através da participação dos trabalhadores no processo de tomada de decisões das próprias empresas.

Como é sabido, a Constituição de Weimar foi uma solução de compromisso, que visou refrear as aspirações revolucionárias de uma parte do operariado alemão, que permaneciam mesmo depois da derrota do movimento spartakista em 1918. Neste quadro, a instituição da cogestão (ou co-decisão) traduz precisamente o propósito de anular o projecto 'conselhista', alterando em certa medida o estatuto da empresa privada, mas deixando intocada a propriedade capitalista dos meios de produção. O objectivo último da cogestão era, manifestamente, o de reduzir a conflitualidade social, 'anestesiá-lo' o movimento sindical e as lutas operárias e, em última instância, diluir a luta de classes.

No ambiente conturbado da época, estas ideias de participação e de cogestão casavam-se bem com a ideologia de colaboração de classes que informava a doutrina social da Igreja e as doutrinas corporativistas então em voga. Não admira, por isso, que, entre 1919 e 1921, aquelas ideias tivessem

encontrado eco na legislação de outros países (Áustria, Luxemburgo, Noruega, Checoslováquia, Itália).

Esta era, aliás, uma ‘técnica’ com tradição na Europa, apoiada na consciência de uma parte das classes dominantes de que certas formas de participação dos trabalhadores nos lucros da empresa podem constituir um factor de paz social e de aumento da produtividade do trabalho em benefício dos empregadores capitalistas. Esta (longa) história poderá ajudar a compreender que o movimento sindical (de todas as orientações) nunca tivesse visto com bons olhos tal instituto.

Apesar de algumas vozes apresentarem a participação como uma ‘revolução’ capaz de ultrapassar os limites do capitalismo e do socialismo, do absolutismo patronal arcaico e do estatismo burocratizante, as forças políticas da esquerda e o movimento sindical sempre denunciaram tal solução como neo-corporativa, empenhada em institucionalizar a colaboração de classes. Com ela pretender-se-ia: convencer os trabalhadores de que a melhoria do seu bem-estar e das suas condições de vida e de trabalho está ligada à sorte da empresa que os emprega; levar os trabalhadores a trabalhar mais intensamente sem exigir aumento de salários, na esperança de virem depois a participar nos lucros; pulverizar o movimento sindical e distrair os trabalhadores da luta pela transformação da sociedade. Na perspectiva dos interesses dos trabalhadores, diz-se que estes, imaginando estar a participar nos lucros da empresa ao lado dos exploradores, estão afinal a intensificar a sua própria exploração.

No que se refere à cogestão, interrompida na Alemanha durante o período de vigência do nacional-socialismo, voltaria a ser consagrada na RFA em leis de 1951 e 1952, considerando os sindicatos que a cogestão lhes poderia assegurar um certo controlo sobre o patronato alemão, fortemente comprometido com a política do nazismo. Perante uma nova lei de 18.3.1976, os próprios sindicatos alemães começaram a dar sinais de reacção negativa a este compromisso com o patronato.

No que se refere mais directamente à participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, foi a França, durante o período gaulista, o país onde se tentou institucionalizar essa prática. Uma Ordonnance de 7.1.1959 autorizava a participação dos trabalhadores na vida da empresa, quer através da sua participação nos lucros, quer mediante a participação no capital graças à atribuição de títulos de participação a trabalhadores que reunissem certas condições (em regra uma determinada antiguidade na empresa, pelo menos), quer pela via da participação nos ganhos de produtividade, sob a forma de prémios.

Não teve muitos resultados práticos esta lei. Mas uma nova Ordonnance de 17.8.1967 veio tornar obrigatório o sistema da participação nas empresas com mais de 100 trabalhadores. De Gaulle saudou esta lei como o início de “uma ordem social nova”, caracterizada pela “participação directa dos trabalhadores

nos resultados, no capital e nas responsabilidades das empresas”.

O patronato admitia a associação do pessoal da empresa às responsabilidades da gestão, ressalvando, porém, que a participação não poderia conduzir à diluição do poder de decisão da empresa. No preâmbulo do Ordonnance acautelava-se, aliás, que a participação não devia “diminuir em nada a autoridade da direcção” [ou seja: não podia pôr em causa o poder dos proprietários].

12. – Analisaremos a seguir o que de mais relevante se passou, no que concerne ao estatuto da propriedade, em um outro período crítico da história do capitalismo no século XX: o da Grande depressão de 1929-1933.

Em Março de 1932, Franklin Roosevelt foi eleito Presidente dos EUA. Por esta altura, como escreveu Averell Harriman, “os bancos estavam fechados e gente de bem vendia maçãs na rua”.¹⁵ E Roosevelt parece ter pressentido o perigo da revolução, a menos que os desejos de mudança fossem atendidos dentro dos limites da ordem estabelecida. Truman confirmaria mais tarde esta ideia: “Em 1932 o sistema de livre empresa privada estava próximo do colapso. Havia verdadeiro perigo de que o povo norte-americano adoptasse um outro sistema”.¹⁶

O Governo de Roosevelt assumiu como objectivo essencial o de evitar o colapso da ordem capitalista, através de uma solução reformista que ficou conhecida por *New Deal*.

Este *novo curso* da política americana procurou ir ao encontro das necessidades mais prementes dos trabalhadores, com o objectivo de os furta-los à tentação revolucionária e de conseguir o apoio popular para as suas políticas. Neste sentido, o governo atribuiu subsídios aos desempregados e aos idosos e pensões aos veteranos de guerra, concedeu apoios aos agricultores, desvalorizou o dólar, baixou as taxas de juro, apoiou a recuperação e a reestruturação de empresas, instituiu o salário mínimo, reconheceu a liberdade de organização sindical e o direito à contratação colectiva, lançou grandes programas de obras públicas para combater o desemprego.

Mas o *New Deal* procurou também satisfazer os (grandes) empresários, regulando a actividade bancária e o mercado financeiro e fazendo dos grandes proprietários do capital os parceiros privilegiados do estado no ‘governo da economia’. Por esta altura, a concentração monopolista tornou-se indisfarçável: a ‘livre concorrência’ dava o lugar à luta oligopolística. No plano da teoria económica, este foi o tempo em que Joseph Schumpeter teorizou as *vantagens da produção em grande escala* e Edward Chamberlin e Joan Robinson formularam as teorias da *concorrência monopolista* e da *concorrência imperfeita*.

¹⁵ Apud J. ARNAULT, *A democracia...*, cit., 35.

¹⁶ Citado por GAMBLE/WALTON, *El capitalismo...*, cit., 280.

A esta luz, ganha pleno sentido a leitura de Arthur Schlesinger sobre os princípios orientadores do *New-Deal*: “a revolução tecnológica tornara inevitável o gigantismo; não era possível continuar a confiar na concorrência para proteger os interesses sociais; as grandes unidades eram uma oportunidade a aproveitar e não um perigo a combater; a fórmula para a estabilidade na nova sociedade deve ser combinação e cooperação sob uma autoridade federal ampliada”.

Em conformidade com este diagnóstico, o *National Industrial Recovery Act* (Junho/1933) vem conceder às associações profissionais o poder de elaborar e fazer aplicar coercivamente regulamentos que podem determinar as condições da produção, os limites e as formas de concorrência (em última instância, os preços) nos vários sectores. Ao jeito das soluções corporativas na Europa, a economia americana passou a ser uma economia *organizada corporativamente*, com base nas associações profissionais autónomas, às quais foi confiado o ‘governo’ do respectivo sector de actividade económica.

Ainda em 1933, foi criada a National Recovery Administration, entidade a que foram atribuídos, entre outros, poderes para obrigar a indústria a reorganizar-se, para fixar os preços, para distribuir quotas de produção. A NRA foi uma estrutura de planificação económica centralizada de tipo moderno, significando a rejeição do capitalismo do velho estilo, que marcou os primeiros tempos da política rooseveltiana.

Com a declaração de inconstitucionalidade e conseqüente dissolução da National Recovery Administration (1935), desapareceu o organismo de cúpula da intervenção do estado na economia. Cortadas assim as ambições mais ‘radicais’ do New-Deal, nem por isso este deixaria de ser um dos episódios mais importantes na evolução do capitalismo e do estado capitalista, antecipando, de certo modo, a teoria keynesiana sobre as novas funções do estado capitalista.

Aquela decisão do Supremo Tribunal americano, com base na ideia de que a Constituição americana não permitia o socialismo, veio mostrar que não há constituições neutras: afinal, mesmo a mais ‘neutra’ das constituições, proclamadamente aberta a todos os programas políticos resultantes da alternância democrática, veicula um projecto político que exclui qualquer outro. Mas ela veio mostrar também a resistência à (e a incompreensão da necessidade de) mudança do papel do estado capitalista para poder cumprir a sua função de estado de classe. Um banqueiro que viveu o problema por dentro (Averell Harriman) oferece-nos, a este respeito, o seguinte comentário: “Depois de Roosevelt ter salvo os banqueiros, Wall Street deu provas de um ódio absoluto contra ele. O que censuravam fundamentalmente a Roosevelt era ter feito deslocar de Wall Street para Washington o controlo das finanças da nação”.¹⁷

Os grandes senhores do capital, habituados ao receituário liberal, nem sempre viram com bons olhos a intervenção estrutural do estado na economia,

¹⁷ Apud J. ARNAULT, *A democracia...*, cit., 36.

com incidências claras no estatuto tradicional da propriedade do capital e nos poderes a ela associados.

13. - Terá sido talvez mais fácil a adesão do grande capital europeu às propostas musculadas do nazi-fascismo, que se traduziram na colocação do aparelho repressivo do estado e da violência fascista abertamente ao serviço dos proprietários monopolistas do capital industrial e do capital financeiro, ao qual foi confiado, com o apoio irrestrito do estado, o governo da economia. Deixaremos a seguir um apontamento sobre esta problemática.

Como dissemos atrás, o estado social weimariano propunha-se realizar os seus objectivos no respeito pelas regras da democracia política e pelos princípios democráticos. Esta foi também a filosofia do New Deal. Só que, nas específicas condições históricas que caracterizaram, na Europa, o período entre as duas guerras mundiais, esta nova forma do estado capitalista revelou-se incapaz de resolver os graves problemas levantados pela crise económica, social e política que marcou de forma dramática este período particularmente difícil da história do capitalismo no século XX, ameaçando seriamente a sobrevivência da ordem capitalista.

Nos países de economia mais debilitada (como era a economia alemã nessa altura, ainda por cima sobrecarregada com o peso das indemnizações de guerra impostas pelo Tratado de Versalhes) e nos países pobres e atrasados (Itália, Espanha, Portugal e outros países do sul da Europa), afectados também pela profunda e prolongada crise económica, que se generalizara a todo o mundo capitalista, as condições económicas e sociais não permitiam resposta fácil às reivindicações dos trabalhadores e dos seus sindicatos.

No plano social, a tensão era crescente, porque as organizações dos trabalhadores, fortalecidas também pelo 'crédito moral' ganho por se terem oposto à Guerra, não abdicavam das suas reivindicações.¹⁸ As greves e a contestação social estavam na ordem do dia, opondo por vezes os trabalhadores às forças armadas. A solução adoptada foi a de silenciar as organizações dos trabalhadores (partidos e sindicatos) e condenar os trabalhadores a prosseguir o 'bem comum', de mão dada com os grandes empresários monopolistas no seio das organizações corporativas.¹⁹

¹⁸ Talvez estas circunstâncias ajudem a compreender a razão de os trabalhadores, apesar de todas as dificuldades, terem conseguido a consagração de alguns direitos pelos quais lutavam há muitos anos. Basta recordar que o direito à greve foi então reconhecido legalmente em alguns países que ainda o não reconheciam; que se generalizou o recurso à contratação colectiva no âmbito das relações de trabalho; que em vários países foi fixada por lei a duração máxima da jornada de trabalho e o número de horas de trabalho semanal; que em alguns países foi estipulado o salário mínimo garantido e começaram a pôr-se de pé os primeiros sistemas públicos de segurança social; que a liberdade sindical e outros direitos dos trabalhadores tiveram consagração constitucional pela primeira vez na Constituição de Weimar.

¹⁹ A *Carta del Lavoro* italiana é de 1927; o *Estatuto do Trabalho Nacional* foi promulgado em Portugal

No plano político, as dificuldades agudizavam-se, dada a ‘contaminação’ provocada pela marcha, aparentemente vitoriosa, da Revolução de Outubro. Muitos responsáveis rezearam que a revolução alastrasse a toda a Europa, nomeadamente aos países industrializados e desenvolvidos.

Para cumprir o seu papel, o estado capitalista assumiu então a forma de estado fascista, anti-liberal, anti-democrata e anti-socialista, apesar de gostar de se apresentar como estado social. Em certa medida, era o regresso ao figurino inicial do estado bismarckiano do século XIX, filho da tese segundo a qual só o estado autoritário poderia realizar a reforma social, ainda que à custa da democracia política.²⁰ E a verdade é que, em algumas das suas versões, o fascismo (o nacional-socialismo) se assumiu abertamente como anti-capitalista, procurando superar o capitalismo e o comunismo com base na cooperação entre as classes em busca do bem comum, o único admissível em sociedades nas quais se aboliram por decreto as classes sociais.

Neste novo quadro, o corporativismo representou a intervenção organizada do estado nazi-fascista na economia, com o objectivo de ultrapassar as contradições do capitalismo, ‘matando’ a luta de classes e de evitar a derrocada do capitalismo (que muitos temiam poder estar para breve), resolvendo os dois problemas fundamentais que então se colocavam: o governo da economia e a questão social.²¹

A necessidade de garantir o governo da economia surgiu com os primeiros sinais da crise do capitalismo, num tempo de capitalismo concentrado em estruturas empresariais poderosas, que controlavam boa parte da economia dos países mais desenvolvidos. Aos olhos de muitos, foi-se impondo a necessidade da intervenção do estado no sentido de ‘governar’ a economia.

A solução do corporativismo e do estado fascista foi a de promover uma estreita aliança entre o poder fascista e os grandes grupos empresariais aos quais foi entregue a direcção das estruturas corporativas (dotadas de um estatuto de direito público), que, por sua vez, assumiram a tarefa de ‘organizar’ e ‘controlar’ a economia. De certo modo, os grandes grupos económicos já faziam isto mesmo; agora passavam a fazê-lo com o aval do estado, proclamando-se que este ‘governo privado da economia’ (esta planificação corporativa da economia) estava ao serviço do bem comum.

A questão social era um dos temas centrais da doutrina social da igreja católica, equacionada na *Rerum Novarum* (1891) e actualizada por Pio XII em 1931 (*Quadragesimo Anno*) em bases essencialmente anti-liberais, anti-individualistas e anti-socialistas. Assente na defesa da propriedade privada como um instituto de direito natural, a doutrina social da igreja defendia, por

em 1933; o *Fuero del Trabajo* espanhol é de 1938.

²⁰ Esta ideia ajudará a compreender o apoio de Lassalle (“socialismo de estado”) e dos “socialistas catedráticos” ao estado prussiano do Chanceler de Ferro.

²¹ Sobre a caracterização do corporativismo, ver V. MOREIRA, *Direito Corporativo*, cit.

um lado, que o estado só deveria intervir na economia se os indivíduos e as suas comunidades não pudessem servir correctamente o 'bem comum' (princípio da subsidiariedade); e advogava, por outro lado, o regresso ao espírito das corporações medievais, através da instituição de associações profissionais no seio das quais patrões e trabalhadores deveriam unir-se na prossecução do 'interesse colectivo'. Estas preocupações e estas propostas tiveram eco no ideário corporativo e caracterizaram a prática dos estados corporativos.

O estado fascista foi anti-liberal. O indivíduo dilui-se nos corpos sociais (a família, a corporação, o estado);²² a concepção orgânica da sociedade substitui a ideia de sociedade como o somatório de indivíduos isolados (concepção atomística); o contratualismo dá lugar ao institucionalismo: o 'estatuto' definido e imposto pelo estado ou pela entidade hierarquicamente superior (führerprinzip) substitui a solução contratual.²³

No que se refere à economia, esta deixa de ser considerada terreno privado, separado do estado e regulado pelas regras da livre concorrência entre os actores privados. A economia passa a integrar a esfera da política: as corporações foram pensadas como órgãos simultaneamente reguladores da economia e detentores do poder político, ultrapassando assim o dogma liberal da separação entre o estado e a economia; o estado assume o direito (e o dever) de intervir na economia, para a promoção do 'bem comum', substituindo a concorrência pela 'planificação corporativa'.²⁴

²² Mas todas estas estruturas eram postas essencialmente ao serviço do poder do estado, do totalitarismo e do nacionalismo, ideia reflectida no famoso *slogan* do fascismo italiano "Tutto per lo Stato, nulla al di fuori dello Stato" (traduzido em Portugal pelo lema salazarista "Tudo pela Nação, nada contra a Nação").

²³ Fica, para ilustrar, um pequeno trecho de um discurso de Oliveira Salazar na Assembleia Nacional (25.5.1940): "Quanto a nós, afirmamo-nos, por um lado, anticomunistas e, por outro, antidemocratas e antiliberais, autoritários e intervencionistas (...)" (*Discursos*, Vol. 2^o). Ainda este excerto de uma entrevista de Oliveira Salazar a *Le Figaro*, 3.9.1950: "Não creio no sufrágio universal, porque o voto individual não tem em conta a diferenciação humana. Não creio na igualdade, mas na hierarquia. Os homens, na minha opinião, devem ser iguais perante a lei, mas considero perigoso atribuir a todos os mesmos direitos políticos" (*Discursos*, Vol. 6^o).

²⁴ A verdade, porém, é que a organização corporativa não conseguiu, em nenhum país, assegurar o governo global da economia e, muito menos, conseguiu assumir o poder político (na Itália, na Espanha e na Áustria, a organização corporativa chegou a partilhar o poder legislativo). Só na Itália, porém, o parlamento foi substituído (em 1939) pela Camera dei Fasci e delle Corporazioni, mas esta unificação formal do poder económico e do poder político não teve correspondência na realidade. O próprio estado fascista criou, em 1931, o Istituto Mobiliare Italiano (IMI), ao qual foi confiado importante papel na concessão de crédito industrial, e criou, em 1933, o Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI), com o objectivo de concentrar todas as participações accionistas das empresas em crise.

Em Portugal, a Câmara Corporativa nunca passou de órgão (quase técnico) de consulta da Assembleia Nacional e do Governo, e, quando o Governo decidiu lançar o I Plano de Fomento (1953), criou na dependência da Presidência do Conselho de Ministros um organismo específico para levar por diante a planificação pública (estadual) da economia, pondo a claro o papel secundário das corporações.

Mas a direção corporativa da economia foi entregue ao grande capital, que controlava as estruturas corporativas, sem os constrangimentos resultantes da acção dos sindicatos (proibidos ou ‘corporativizados’) e dos partidos de esquerda (empurrados para a clandestinidade e condenados como ‘inimigos internos’ por imposição do partido único) e com o apoio, sem limites, do aparelho repressivo do estado fascista. Poderá talvez dizer-se que, como no estado feudal, os grandes proprietários (da indústria e da finança) dominavam, sem intermediação, o estado fascista, que utilizaram ostensivamente para prosseguir os seus interesses, no plano interno (‘matando’ a luta de classes) e no plano internacional (luta pelo “espaço vital”).

Como é sabido, o estado fascista foi, essencialmente, anti-trabalhadores, porque foi anti-democrata e anti-socialista.

Foi anti-democrata, porque proibiu o sufrágio universal e os partidos políticos, e anulou a liberdade de reunião e de associação, a liberdade de manifestação e a liberdade de expressão; porque, recusando os princípios universalistas do racionalismo que vinha do século XVIII, negou a igualdade entre os homens, exaltou o nacionalismo e o racismo.

Foi anti-socialista, porque congelou todos os direitos económicos e sociais entretanto conquistados pelos trabalhadores e anulou todas as políticas públicas que pudessem acautelar ou garantir estes direitos; porque ‘matou’ as classes por decreto e proibiu a luta de classes, nomeadamente através da proibição dos sindicatos livres e do direito de greve. Não pôs em causa, porém, a propriedade privada nem a liberdade de empresa, embora afirmando, cinicamente, que elas estavam condicionadas à ‘função social’ de promover o ‘bem comum’.

Na Alemanha, a solução de compromisso consagrada na Constituição de Weimar esgotou-se dramaticamente com a ascensão do Partido Nacional-Socialista e o fim da República de Weimar, o que significou que a 1ª Guerra Mundial e a crise económica e social se traduziram aqui em resultados políticos radicalmente diferentes dos que, nos EUA, tiveram tradução no New Deal.

Em Março de 1933, Hitler é nomeado chanceler. Neste mesmo ano, foram dissolvidos os sindicatos livres, substituídos por organizações conjuntas de empresários e de trabalhadores (Deutsche Arbeitsfront), com funções distintas das que historicamente cabem aos sindicatos: formação profissional, doutrinação política, organização dos tempos livres.

Em 1934, a pretexto do incêndio do Reichstag (provocado pelos nazis, para o imputarem aos comunistas), inicia-se uma violenta perseguição contra as organizações e os partidos operários. Uma lei de 25 de Julho de 1933 vem generalizar a cartelização obrigatória anteriormente aplicada apenas em alguns sectores. Em Novembro de 1934, determina-se a criação, nos vários sectores da

produção, de associações profissionais (Reichsgruppen), às quais se atribuem amplos poderes de regulamentação e direcção do respectivo sector, podendo ir até ao encerramento das empresas que não cumprissem os regulamentos promulgados pelo Reichsgruppe ou julgadas excedentes.

Em regra, eram as grandes empresas monopolistas que dirigiam as associações profissionais, através das quais passou a ser controlada, em estreita ligação com o estado nazi, toda a economia alemã. “Os grandes industriais - escreve um autor - tinham-se tornado em muitos casos os verdadeiros dirigentes da nação, e não é muito certo que tenham actuado sempre no interesse geral”. E o mesmo autor dá conta do que lhe declarara, em 1937, um pequeno industrial alemão: “Agora tudo está regulamentado: dizem-me o que devo produzir e a que preço; fornecem-me matérias-primas cujo valor é fixado pelo governo. Não tenho qualquer possibilidade de intervir seja no que for, na marcha da economia geral ou do meu negócio. Tornei-me um funcionário inútil”.²⁵

Desde cedo ficou claro que os partidos nazi-fascistas e o estado fascista foram instrumentos do grande capital. O nazismo não foi o resultado da ‘loucura’ de um homem complexado e fanático, foi a solução friamente construída pelo grande capital para, naquelas condições concretas, resolver os problemas da economia e da sociedade capitalistas. Em termos gerais, o nazi-fascismo representou a forma extrema da ditadura do grande capital monopolista, que não hesitou em recorrer à repressão e à guerra para pôr na ordem os inimigos internos e para conquistar aos inimigos externos o “espaço vital” indispensável à expansão imperialista, dando origem à Segunda Grande Guerra, o segundo conflito mundial inter-imperialista do século XX, com origem nas contradições e conflitos de interesses entre os capitalismo nacionais.

14. - Os efeitos da onda de choque provocada pelo crash da bolsa de Wall Street puseram a nú, também na Europa, a incapacidade do estado liberal para lidar com a situação. A ameaça dos movimento fascistas facilitou a formação de uma Frente Popular (socialistas, comunistas e radicais), que, com base num Programa Comum de Governo, ganhou as eleições em Maio de 1936.²⁶

Este Programa, que inspirou o Governo liderado pelo socialista Léon Blum, assentava no *combate ao fascismo* (defendendo as liberdades civis e a criação de condições para a sua efectivação) e na *defesa da paz*, perante a ameaça de uma nova guerra, que pairava sobre a Europa. No plano económico, a prioridade era a defesa do emprego e a melhoria das condições de vida dos

²⁵ Cfr. J. ROMEUF, *ob. cit.*, 64/65.

²⁶ Algo de semelhante ocorreu na Espanha, onde, na sequência das eleições de 1936, se constituiu um Governo de Frente Popular. A experiência da Frente Popular na Espanha foi ainda mais limitada do que na França, perante a eclosão da guerra civil, em que a Alemanha nazi e a Itália fascista apoiaram militarmente os sediciosos fascistas comandados por Franco, perante a passividade comprometedora das democracias europeias.

trabalhadores: anunciou-se um plano de financiamento público de grandes infraestruturas; criou-se um fundo nacional de desemprego; introduziu-se um sistema de pensões moderno; fixou-se em quarenta horas a duração máxima do trabalho semanal; consagrou-se o direito dos trabalhadores a férias pagas (o que originou uma verdadeira revolução nos costumes).

O programa de nacionalizações limitou-se à indústria de armamento, em nome da defesa da paz. Apesar da preocupação revelada relativamente ao sistema bancário (dominado pelas famosas *deux cents familles* de muito ricos, que, a partir dele, dominavam a indústria), a intervenção do estado foi modesta, do ponto de vista do controlo público do crédito e da utilização da poupança nacional (ficou aquém da reforma operada na Itália fascista em 1936).

Fragilizado pelas diferenças ideológicas entre os partidos que o apoiavam, o Governo da Frente Popular não conseguiu operar a transformação do estado de direito liberal em estado social. Mesmo assim, as forças da direita fascizante e o grande patronato moveram-lhe uma guerra sem quartel, proclamando alto e bom: “Plutôt Hitler que le Front Populaire”. Hitler fez-lhes a vontade, ocupando a França.²⁷

15. – Após a 2ª Guerra Mundial, novas questões se colocaram envolvendo o direito de propriedade, tendo-se desenvolvido significativamente, a par da propriedade privada e da propriedade societária, a propriedade pública na titularidade de estados capitalistas.

À escala europeia, merece referência especial o importante surto de nacionalizações (e consequente formação de um significativo sector empresarial do estado) que se registou nas ‘duas europas’ que resultaram da Guerra.

Na Europa capitalista, a nacionalização dos sectores industriais mais importantes era uma reivindicação dos partidos operários já antes da 1ª Grande Guerra. Mas a verdade é que nenhuma nacionalização foi efectuada na Alemanha ao abrigo da lei de socialização ou da Constituição de Weimar, e muito poucas (e de pouca duração) se registaram na Áustria; na França, o Governo da Frente Popular nacionalizou apenas algumas empresas produtoras de material de guerra e promoveu a constituição de sociedades de economia mista na indústria aeronáutica, ficando o estado a deter a maioria do capital.

Terminada a Guerra, as nacionalizações e a intervenção (planificada) do estado na economia impuseram-se desde logo por razões de ordem pragmática: acreditava-se que a reconstrução só poderia ser levada a cabo por uma instância central que controlasse o aforro disponível e decidisse sobre a prioridade dos investimentos. Daí a inevitabilidade da nacionalização da banca e dos seguros e da transferência para o estado dos sectores estratégicos (energia, transportes,

²⁷ Mais limitada foi ainda a experiência do Governo de Frente Popular na Espanha (vitorioso também nas eleições de 1936), confrontado muito cedo com a guerra civil, em que a Alemanha nazi e a Itália fascista apoiaram militarmente os sediciosos fascistas comandados por Franco, perante a passividade comprometedora das democracias europeias.

minas, construção naval, siderurgia, etc.), nos quais era preciso arrancar praticamente do zero.

Por outro lado, as nacionalizações foram também, em toda a Europa, uma exigência das forças de esquerda fortalecidas pela sua participação nos movimentos da Resistência e pelas vitórias eleitorais no imediato pós-guerra.²⁸ Acresce que sectores significativos da Democracia Cristã defendiam, na Itália e na Alemanha, posições bastante à esquerda, falando-se de “socialismo de responsabilidade cristã”. Em Dezembro de 1945, Gustav Radbruch considerava “evidente que a reconstrução da Alemanha só será possível na base de uma economia organizada nos moldes de uma qualquer forma de socialismo e mediante a socialização de, pelo menos, alguns importantes ramos da sua vida económica, como os bancos, as minas e as indústrias capitais”.²⁹ Estas circunstâncias ajudarão a perceber que, mesmo na zona ocidental da Alemanha, tenham sido promulgadas, em 1946/47, leis que, em matéria de nacionalizações, eram mais avançadas do que as previstas na Constituição de Weimar.

Neste contexto, as nacionalizações atingiram, então, um âmbito mais vasto e enquadraram-se em objectivos de *transformação económica e social*. “Findas as hostilidades – escreve Teixeira Ribeiro³⁰ –, as vozes dos povos vencedores ou libertados consonaram em exigir a nacionalização das indústrias básicas ou das maiores empresas. De tudo houve um pouco: falou-se em nome da ideologia socialista; reagiu-se contra o colaboracionismo dos grandes industriais; pretendeu subtrair-se a política à pressão dos potentados financeiros e libertar-se de monopólios a economia; sentiu-se a maravilha das coisas novas...”.

Foi assim em países que vieram a integrar a comunidade socialista, nomeadamente na Checoslováquia (nacionalização total das indústrias de guerra e das minas, bem como das grandes empresas nas restantes indústrias), na Polónia (nacionalização das empresas com mais de 50 operários) e na Jugoslávia (nacionalização de 80% da indústria, com base no confisco da propriedade dos alemães e dos italianos e dos que tinham colaborado com o nazi-fascismo).

Mas também no Reino Unido e na França as nacionalizações atingiram dimensão considerável: o Banco de Inglaterra, as minas de carvão, as telecomunicações, o gás e a electricidade, no 1º caso; o Banco de França, o Banco da Argélia e os quatro maiores bancos comerciais, os seguros, o gás e a electricidade, as minas de carvão e os transportes aéreos, no 2º caso.

Naquele primeiro grupo de países, porém, praticamente só escaparam à nacionalização empresas médias ou pequenas, e os proprietários expropriados

²⁸ A verdade é que, nas eleições realizadas no final da Guerra, a esquerda (PCF, MRP e SFIO) obteve na França quase 75% dos votos (o PCF foi o mais votado, obtendo cerca de 27% dos votos) e o Labour Party ganhou as eleições no Reino Unido.

²⁹ Artigo no *Rhein Neckarzeitung*, de 1.12.1945, colhido em *Filosofia do Direito*, Vol. II, 4ª edição (tradução de L. Cabral de Moncada), Coimbra, 1961.

³⁰ Cfr. J. J. TEIXEIRA RIBEIRO, *A Nova Estrutura...*, cit., 7.

nada receberam a título de compensação pela propriedade de que foram privados (em regra por serem acusados de colaboracionismo). Ao invés, nos países europeus que permaneceram na órbita do capitalismo continuaram no sector privado capitalista muitas empresas de grande dimensão cuja actuação poderia opor-se à prossecução dos objectivos definidos pelo estado para o sector nacionalizado. Daí a possibilidade de este vir a funcionar como fonte de custos baixos e de lucros elevados dos grandes monopólios privados, fortalecidos com as importantes somas pagas, pelas próprias empresas nacionalizadas ou pelo estado, a título de indemnização.

Muitos acreditaram, naquela altura, que as nacionalizações na França e na Inglaterra poderiam constituir “o primeiro degrau do socialismo”. Porque entenderam que “o significado profundo das nacionalizações” residia em que “elas traduzirão sempre esse propósito firme, que os povos caldearam durante a guerra, de impregnar de humanidade a economia”, e porque acreditaram que as circunstâncias conduziriam a Europa para uma “era em que, de um modo ou de outro, a economia vai ser posta efectivamente ao serviço do homem”.³¹

Lucidamente, porém, o Professor de Coimbra alertava, logo em 1947: “ou as nacionalizações prosseguem até eliminar do sector privado todas as grandes empresas, ou as grandes empresas hão-de ameaçar permanentemente a política do sector público”.

Se as perspectivas abertas com as nacionalizações tivessem conduzido à utilização do sector público empresarial claramente ao serviço de uma política global de desenvolvimento económico e social com vista à satisfação das necessidades individuais e colectivas das populações, numa lógica não capitalista, poderia esperar-se que elas abrissem o caminho para uma economia não capitalista, uma “economia ao serviço do homem”. Mas a orientação adoptada traduziu-se em colocar o sector empresarial do estado ao serviço do (grande) capital privado e dos lucros privados, numa solução de capitalismo de estado.

É claro, hoje, que as nacionalizações verificadas em vários países da Europa Ocidental não constituíram o “primeiro degrau do socialismo”: porque as nacionalizações não prosseguiram “até eliminar do sector privado todas as grandes empresas”; porque se manteve inalterada a natureza do estado capitalista, um estado que, nas palavras de François Perroux, “nunca é neutro” (e “não é certamente independente dos grandes interesses: estes assediam-no e ocupam-no mesmo”), antes é a “expressão das classes dominantes”, “largamente dependente do capitalismo dos monopólios”.³²

Neste quadro institucional, a propriedade pública dos meios de produção afirmou-se como uma nova (e a mais recente) forma jurídica da *propriedade capitalista* (a propriedade do estado capitalista) a par da *propriedade individual* e

³¹ Cfr. J. J. TEIXEIRA RIBEIRO, *idem*.

³² Cfr. *L'économie du XXe Siècle*, cit., 378 e 382.

da *propriedade corporativa*. Por isso, como salienta Andrew Shonfield, “a empresa particular acabou por considerar o grandemente reforçado sector público menos como um perigoso rival do que como um aliado útil, de facto quase como uma garantia – pois era agora tão vasto e maciço que não poderia mover-se na direcção errada, por um instante sequer, sem fazer encalhar o barco todo”.^{33 34}

A problemática das nacionalizações ganharia projecção internacional mais relevante a partir do momento em que nos países do chamado Terceiro Mundo se começaram a desenhar movimentos no sentido de tais países chamarem a si a soberania sobre os seus próprios recursos naturais, mesmo que para tanto houvesse que nacionalizar as empresas estrangeiras que até aí as exploravam. Tal aconteceu nos países recém-chegados à independência, mas também em outros países, constituindo casos pioneiros a nacionalização do petróleo persa pelo governo de Mossadegh (1951) e a nacionalização do Canal do Suez pelo governo de Nasser (1956).³⁵

Os países capitalistas dominantes reagiram, por vezes violentamente, como intérpretes e defensores dos interesses das empresas multinacionais (“o que é bom para a General Motors é bom para os Estados Unidos”...). Apesar disso, estas ideias foram ganhando terreno e acabaram por ser consagradas em importantes textos da ONU que hoje integram o direito internacional (não acatado, neste plano, como em outros, pelas grandes potências capitalistas).

É o caso da Revolução 1.803 da Assembleia Geral da ONU, de 14-12-1962, acerca da Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais, onde se prescreve que “a nacionalização, a expropriação ou a requisição deverão basear-se em razões ou motivos de utilidade pública de segurança ou de interesse nacional, reconhecidos como prevalecentes sobre os simples interesses particulares ou privados, tanto nacionais como estrangeiros. Nestes casos, o proprietário receberá uma indemnização adequada, de acordo com as regras em vigor no estado que adoptar estas medidas no exercício da sua soberania e em conformidade com

³³ Cfr. *Capitalismo Moderno...*, cit., 224.

³⁴ Algo de diferente aconteceu relativamente às nacionalizações operadas mais tarde em Portugal, na sequência da Revolução de 25 de Abril de 1974. Não porque o sector empresarial do estado fosse, em Portugal, superior ao de outros países, no que toca à sua dimensão, aos sectores abrangidos, à percentagem do investimento que representava no investimento agregado, ao peso no PIB do País, ao volume do emprego, etc. Mas porque a Constituição aprovada pela Assembleia Constituinte em 1976 proclamava que “o desenvolvimento do processo revolucionário impõe, no plano económico, a apropriação colectiva dos principais meios de produção” (art. 10º, nº 2), com o objectivo de “abolir a exploração do homem pelo homem” (art. 9º); e afirmava que o objectivo da República era a “transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício do poder pelas classes trabalhadoras (art. 2º), com vista à sua “transformação numa sociedade sem classes” (art. 1º). Daí o ataque cerrado às nacionalizações e à reforma agrária e o ataque à *constituição dirigente* de 1976, não tanto por ela ser dirigente mas por veicular um tal *projecto político* negador do capitalismo, a caminho de uma sociedade socialista.

³⁵ Mossadegh acabou por ser morto; o Egipto só não foi atacado militarmente pelo Reino Unido e pela França porque a URSS anunciou ao mundo que interviria ao lado daquele país.

o direito internacional. Sempre que o problema da indemnização dê lugar a controvérsia, deverão esgotar-se os meios de recursos nacionais do estado que toma essas medidas. No entanto, por acordo entre os estados soberanos e outras partes interessadas, o diferendo poderá ser submetido à arbitragem ou a decisão judicial internacional”.

Este foi um dos instrumentos de direito internacional invocados pelo Governo de Salvador Allende para justificar o seu direito de nacionalizar as empresas americanas do cobre, entre outras. Não lhe valeu de nada: um golpe da CIA, encomendado e apoiado pelo Governo americano e executado por Pinochet, apeou-o do poder que ganhara em eleições livres.

Já depois deste verdadeiro crime contra a humanidade (cujos responsáveis nunca foram julgados por nenhum tribunal penal internacional), a Assembleia Geral da ONU aprovou, em 12.12.1974, a Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados, que ultrapassou algumas limitações daquela Resolução de 1962.

O texto de 1974 proclama (art. 1º) que “cada estado tem o direito soberano e inalienável de escolher o seu sistema económico, bem como os seus sistemas político, social e cultural, de acordo com a vontade do seu povo, sem ingerência, pressão ou ameaça exterior de qualquer espécie”. O nº 1 do art. 2º acrescenta que “cada estado detém e exerce livremente uma total e permanente soberania sobre todas as suas riquezas, recursos naturais e actividades económicas, incluindo a sua posse e o direito de as utilizar e de delas dispor”. E a alínea c) do nº 2 especifica que “cada estado tem o direito de nacionalizar, expropriar ou transferir a propriedade de bens estrangeiros, casos em que deverá pagar uma indemnização adequada, tendo em conta as suas leis e regulamentos e todas as circunstâncias que julgue pertinentes. Sempre que a questão da indemnização dê lugar a diferendo, este será decidido de acordo com a legislação interna do estado que tomou as medidas de nacionalização e pelos tribunais desse mesmo estado, salvo se todos os estados interessados acordarem livremente em procurar outros meios pacíficos, na base da igualdade soberana dos estados e em conformidade com o princípio da livre escolha dos meios”.³⁶

16. – Nas décadas de sessenta e setenta do século passado as questões da propriedade ganharam uma nova projecção, agora na controvérsia sobre a distinção entre capitalismo e socialismo.

As transformações operadas no capitalismo, no quadro do capitalismo monopolista de estado e do estado social, traduziram-se essencialmente na mudança da relação entre a instância política e a economia. Uma das teorias então desenvolvidas para interpretar estas transformações foi a chamada

³⁶ O texto destes dois documentos da ONU vem publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 245, Abril/1975, 79-82 e 376-393.

teoria da convergência dos sistemas, uma constante do discurso ideológico da social-democracia europeia a partir de meados do séc. XX e até à emergência da perestroika ou até ao desaparecimento da comunidade socialista europeia.³⁷

A referida teoria assentava no argumento de que, por um lado, o capitalismo tinha sido ultrapassado graças à incorporação de “elementos de socialismo” (sector empresarial do estado, planificação pública, políticas de redistribuição do rendimento, todos os instrumentos do estado-providência) e de que, por outro lado, o socialismo vinha dando mostras de se aproximar do capitalismo em alguns pontos relevantes, nomeadamente na sequência das reformas económicas efectuadas nos países socialistas da Europa a partir de 1965.

Perante esta rota de convergência, a opção correcta seria a de ‘escolher’ um *sistema misto*, a meio caminho entre os dois sistemas que aspiravam a governar o mundo ou um *sistema superador* de ambos, acolhendo o melhor de um e outro. Ao defender que o *novo capitalismo* é um *capitalismo diferente*, mais próximo de uma qualquer forma de socialismo do que do verdadeiro capitalismo, a teoria da convergência dos sistemas configurava, no contexto da época (meados do década de 50 do século XX), uma clara tentativa de ‘matar’ a alternativa socialista ao capitalismo.³⁸

A nosso ver, porém, os referidos ‘elementos socialistas’ só aparentemente poderiam negar o capitalismo. Na sua essência, eles integram-se, como não poderia deixar de ser, na lógica do capitalismo, actuando como elementos de ‘racionalização’, como factores de estabilização, como instrumentos de segurança e anestésicos das tensões sociais.

Keynes – que durante alguns anos foi o inspirador da social-democracia europeia - sustentou que “o estado não tem interesse em chamar a si a propriedade dos meios de produção. Se ele é capaz de determinar o volume global dos recursos consagrados ao aumento desses meios e a taxa-base da remuneração concedida aos seus detentores, terá realizado tudo o necessário. As medidas indispensáveis de socialização podem, aliás, ser aplicadas de modo gradual e sem revolucionar as tradições gerais da sociedade”.³⁹

Quer dizer: aos olhos de Keynes, o estado não carece de chamar a si a propriedade dos meios de produção para poder realizar a função que lhe cabe. Mas a verdade é que o Professor de Cambridge nunca pretendeu que as suas propostas conduzissem ao socialismo. Antes pelo contrário: deixou bem claro

³⁷ Sobre a teoria da convergência dos sistemas, cfr. A. J. AVELÁS NUNES, *Do Capitalismo*, cit.

³⁸ As raízes directas desta tese poderão ir buscar-se a Comte (o primeiro ideólogo da tecnocracia e da sociedade industrial), a Rudolf Hilferding (com a sua teoria do “capitalismo organizado”), a Max Weber e a Werner Sombart, passando por toda a teoria sociológica da sociedade industrial (Raymond Aron, George Friedmann, Herbert Marcuse, Ralph Dahrendorf, entre outros), ao mesmo tempo que a sua filosofia inspira economistas de mentalidade liberal, como Galbraith, ou adeptos de um socialismo reformista, como Tinbergen ou John Strachey.

³⁹ Cfr. J. M. Keynes, *General Theory...*, cit., 378.

que o “alargamento das funções do estado” põe ele defendido, as “medidas indispensáveis de socialização” de que fala são o “único meio de evitar uma completa destruição das instituições [capitalistas] actuais.” Estamos de acordo: para salvar o capitalismo do colapso (que parecia iminente nos primeiros anos da década de 1930) não era necessário, evidentemente, abolir a propriedade privada dos meios de produção.

17. - Acompanhemos um pouco mais de perto os argumentos dos defensores da doutrina que acabámos de enunciar.

“Em minha opinião o sistema ocidental actual não é capitalista como o era em 1850.”⁴⁰ “Pela minha parte, já não chamo capitalista ao sistema existente nos países do Ocidente.”⁴¹ São afirmações de Jan Tinbergen, um dos mais ilustres defensores da *teoria da convergência dos sistemas*. Num artigo de 1965⁴², escreveu este Prémio Nobel que “os dois sistemas estão em evolução” e que “as alterações revelam uma tendência para a aproximação. Há mesmo provas indicativas - acrescenta - de que os dois sistemas evoluem no sentido de um *optimum*, de uma ordem que é melhor, ao mesmo tempo, que o capitalismo puro e o socialismo puro”. Daí que, em outro texto publicado pela mesma altura⁴³, concluisse, coerentemente, que apresentar o litígio ideológico entre os EUA e a URSS “de maneira simplista, como o litígio entre o ‘capitalismo’ e o ‘socialismo’” era uma forma ultrapassada de ver a questão, pois, em seu entender, “tudo mostra como a controvérsia sobre o sistema social e económico óptimo se tornou, de controvérsia absolutamente qualitativa, em problema de natureza relativa e quantitativa (...)”.

17.1. - São muitos os fios de que se tece a teoria da convergência dos sistemas. Mas uma boa parte deles passa pela ponderação de questões relacionadas com a propriedade dos meios de produção.

Os melhores especialistas estarão de acordo em que as características essenciais do capitalismo se traduzem na propriedade privada dos meios de produção e no recurso ao trabalho assalariado (o que permite aos donos do capital a obtenção de rendimentos sem trabalho), cabendo a iniciativa da produção a empresas que se propõem a obtenção de lucros.

Quanto ao socialismo, poderemos dizer que são os seguintes os seus traços fundamentais: 1) que os meios de produção pertençam à colectividade ou ao estado (propriedade social dos meios de produção); 2) que só se distribuam rendimentos a título de trabalho; 3) que as explorações laborem em obediência a um plano, organizado com vista à satisfação das necessidades individuais, ou colectivas, objectivamente avaliadas pelos poderes públicos.

Se uma das características essenciais do socialismo é a distribuição de

⁴⁰ Cfr. J. Tinbergen, “O essencial...”, cit., 48.

⁴¹ Cfr. J. Tinbergen, *Entrevista...*, cit., 11.

⁴² Cfr. J. Tinbergen, “Face à l’avenir”, cit., 11-12.

⁴³ Cfr. J. Tinbergen, “Idéologies...”, cit., 6.

rendimentos apenas como remuneração do trabalho, então o único meio de o conseguir é a apropriação social dos meios de produção.

Acontece que, no decurso da chamada revolução keynesiana, o “capitalismo social” aproximou-se do “socialismo democrático” (ou vice-versa), reduzido este último a um indefinido “socialismo do possível”⁴⁴, renunciando à socialização dos principais meios de produção. Um momento marcante desta ‘evolução’ foi sem dúvida o Congresso do Partido Social Democrata Alemão (SPD), realizado em Bad Godesberg, em 1959, no qual se aprovou um programa em que não figura qualquer referência a nacionalizações e se proclama que a propriedade privada merece a protecção da sociedade, desde que não impeça a realização da justiça social.

Quem entenda que o socialismo tem de traduzir-se, essencialmente, na eliminação dos rendimentos não provenientes do trabalho (o que pressupõe a apropriação social dos principais meios de produção), esta opção dos partidos socialistas e social-democratas europeus “apenas significa que tais partidos desistiram de implantar um sistema económico socialista”.⁴⁵ Porque a construção do socialismo embora não implique a abolição da propriedade, exige, como salientam os autores do Manifesto Comunista, “a abolição da propriedade burguesa (...), a última e a mais perfeita expressão do modo de produção e de apropriação baseado em antagonismos de classes, na exploração de uns pelos outros”.

17.2. - Os defensores da tese em análise insistem muito na perda de significado da propriedade privada.

Adolf Berle, v.g., conclui da análise das grandes *corporations* americanas, que “o aparecimento e o desenvolvimento da grande sociedade por acções modifica a propriedade como instituição quase tão profundamente como o fazem a doutrina e a prática comunistas” e não hesitou em afirmar “que o sistema económico americano baseado na propriedade privada se tornou, no fim de contas, tão socialista como muitos sistemas socialistas”.⁴⁶ A expressão mais ‘radical’ desta argumentação vai a ponto de sustentar que “o conceito de comunismo de Marx seria aplicável hoje, com rigor, à América; o seu conceito de capitalismo está absolutamente antiquado e ultrapassado”.⁴⁷

Diz-se que “a propriedade privada de hoje só representa uma fracção da liberdade de acção característica de 1850”. E é claro que não vivemos hoje no regime de pequena empresa que caracterizou os primeiros tempos do industrialismo, em que o capitalista era também o proprietário, o empresário, o dirigente da *sua* empresa. As coisas mudaram de então para cá: o progresso técnico foi enorme e por vezes a um ritmo vertiginoso. Daí que as empresas, para

⁴⁴ Título de um livro coordenado por François Mitterrand (Paris, Seuil, 1970).

⁴⁵ Cfr. J. J. TEIXEIRA RIBEIRO, *Sobre o Socialismo*, cit., 57.

⁴⁶ Cfr. A. A. Berle, “Les grandes unités”, cit.

⁴⁷ Cfr. R. Tucker, *Philosophie...*, cit., 200.

poderem acompanhar a evolução das forças produtivas, carecessem de grande volume de capitais. Compreende-se, por isso, que as sociedades por acções fossem ganhando importância crescente, pois elas constituem um instrumento jurídico-económico que facilita a centralização de capitais e a concentração do poder económico nos grandes accionistas, além de que, sendo grandes empresas, vêem acrescidas as possibilidades de concentração de capitais, em resultado da sua própria acumulação.

Daí que o conhecimento e o controlo dos mercados actuais e potenciais, o conhecimento e o controlo das inovações tecnológicas tenham adquirido importância decisiva na gestão da empresa capitalista. Daí, naturalmente, a evolução das técnicas de gestão, a necessidade de organização e de programação a longo prazo, a importância dos gabinetes de estudo, de concepção, de marketing. Daí que o capitalista-proprietário-dirigente de outrora não pudesse sobreviver. Daí, a importância crescente do organizador industrial, ficando a gestão cada vez mais separada da propriedade.

Marx previra isto mesmo: analisando as consequências da expansão das sociedades por acções, refere-se à “transformação do capitalista que exerce realmente as suas funções num simples *manager* (de capital de outrem), e dos proprietários de capital em simples proprietários, em simples financeiros”. E acrescenta que a propriedade do capital “se encontra então completamente separada da sua função no processo real da reprodução, do mesmo modo que esta função, na pessoa do director, está separada da propriedade do capital.”⁴⁸

Estas conclusões não perturbaram a coerência teórica do autor de *O Capital*, nem o levaram a desprezar a propriedade capitalista sobre os meios de produção como elemento essencial na caracterização do capitalismo.

As alterações que ficam sumariamente apontadas contribuíram, na verdade, por um lado, para substituir a propriedade individual por uma nova forma de propriedade, a *propriedade social* (a propriedade das sociedades comerciais, enquanto pessoas colectivas cujo substracto pessoal é constituído por um grupo maior ou menor de sócios), e contribuíram, por outro lado, para separar, institucionalmente, as funções de *director* e de *proprietário*.

Daqui até à conclusão de que a propriedade dos meios de produção perdeu todo o significado, de que a propriedade privada dos meios de produção deixou de poder considerar-se elemento essencial do sistema dominante nos países industrializados do ocidente e de que este sistema sofreu, por isso, uma mutação qualitativa fundamental, uma mudança na sua natureza e na sua lógica interna - até esta conclusão, vai um grande passo, que os argumentos invocados não legitimam.

⁴⁸ Cfr. K. MARX, *Le Capital*, em *Oeuvres* (ed. de M. RUBEL, cit.), II, 1175.

17.3. – Uma outra linha de argumentação assenta na ideia de que o capitalismo sofreu uma mudança essencial pela via da difusão da propriedade accionista, da *democratização do capital* resultante da emissão de acções adquiridas por milhares ou mesmo milhões de pessoas. Assim se criaria uma situação de *capitalismo popular*, fenómeno que arrastaria consigo um nivelamento das classes e um clima de ‘harmonia social’ e de ‘paz social’. A difusão da propriedade accionista – escreveu Adolf Berle - “constitui, por um curioso paradoxo, uma forma imprevista de socialização da indústria, desenvolvendo-se rapidamente, mas sem a intervenção do estado”. É quanto lhe basta para concluir que “o aparecimento e o desenvolvimento da grande sociedade por acções modifica a propriedade enquanto instituição quase tão profundamente como o fazem a doutrina e a prática comunista”.⁴⁹

A verdade, desde logo, é que, como mostram vários estudos, não tem qualquer fundamento a ideia de uma distribuição realmente ampla da propriedade accionista (menos de 1% da população adulta possui um número de acções significativo em termos de estatuto de vida). É assim, mesmo nos EUA e nos países capitalistas mais industrializados. A ideia da *democratização do capital* não passa, pois, de propaganda enganadora. E não é mais do que pura ficção considerarem-se (co-)proprietários todos os que são donos de uma ou duas (ou de dez, ou cem...) acções das sociedades que enquadram juridicamente as grandes empresas ‘monopolistas’, e considerarem-se como ‘capitalistas’ todos os accionistas. Como tal só podem, é claro, considerar-se os que recebem rendimentos do seu capital que sejam pelo menos suficientes para lhes permitir viver sem ter que vender a sua força de trabalho.

Mas a verdade última é que o *capitalismo popular*, resultante da difusão das sociedades anónimas e da dispersão das acções, não deixa de ser capitalismo e nem sequer é ‘popular’. Assim como a concentração ao nível das empresas - enquanto fenómeno que traduz a polarização crescente dos capitais e do poder económico - em nada é afectada pela sobrevivência e até pelo aumento do número de pequenas empresas, assim também o grande número de pequenos accionistas não é decisivo para pôr em causa o poder dos grandes, que decidem da vida da empresa com o mesmo à vontade com que as grandes empresas decidem das condições da indústria.

Tal como a existência de pequenas empresas (mesmo em grande número) não afecta o ‘monopólio’ das grandes, do mesmo modo a ‘democratização do capital’ accionista não afecta a propriedade dos grandes accionistas, o ‘monopólio’, a ‘soberania’, a ‘ditadura’ da grande burguesia. Antes pelo contrário: a difusão das sociedades por acções e, mais recentemente, da vária gama dos investidores institucionais e das sociedades gestoras de participações sociais tem sido o meio mais eficaz de ‘radicalização’ do sistema, de proletarianização de largas camadas da pequena e média burguesia, de centralização de capitais e de concentração

⁴⁹ Cfr. R. Tucker, ob. cit., 9.10.2.

do *poder económico* (e, portanto, do *poder político*) nas mãos da grande burguesia, muito para além da sua própria capacidade de acumulação.

De resto, o ‘capitalismo popular’ nunca deixaria de ser capitalismo (pois sempre subsistiriam os rendimentos sem trabalho), a menos que se identificasse o socialismo com a ‘generalização da condição burguesa’ e se admitisse a hipótese absurda de todas as pessoas a ela ascenderem... (absurda, porque a subsistência da condição burguesa implica a existência de pessoas na condição proletária).

17.4. - Um outro caminho percorrido pelos defensores da irrelevância da propriedade dos meios de produção é o que anda à volta da chamada *revolução dos managers* (ou *revolução dos gerentes*). Esta seria uma ‘revolução silenciosa’ que se traduziria na expropriação dos antigos expropriadores pelos seus gerentes assalariados e pela substituição do poder que deriva da propriedade por um *poder sem propriedade* (“the power without property”)⁵⁰.

Como já vimos, os defensores desta tese arrancam do desenvolvimento tecnológico e das exigências crescentes ao nível da organização e da gestão das empresas para tentar mostrar a impossibilidade de o proprietário individual controlar as informações necessárias à direcção das empresas e, a partir daí, explicar a crescente importância dos managers e o seccionamento da (antiga) propriedade absoluta em propriedade (uma propriedade limitada, uma propriedade sem poder, que caberia aos accionistas) e em poder de direcção sem propriedade (que caberia aos directores). Estes é que dirigiriam as empresas e a vida económica, actuando de acordo com uma lógica diferente da que era típica do proprietário-capitalista-director do século XIX.

A lógica dos *managers*, da *tecnostutura* (Galbraith) não seria já a da valorização do capital, a da maximização dos lucros, mas uma lógica própria, com fins próprios, independentes dos interesses e da posição de proprietário. Uma lógica que se traduziria em promover o crescimento da empresa, o aumento da sua dimensão e do seu poder, num compromisso que procuraria ir ao encontro não só dos interesses dos accionistas e dos gerentes, mas também dos interesses dos trabalhadores, do estado e do público em geral e até dos interesses da “própria empresa como instituição”... A lógica derivada da propriedade privada dos meios de produção estaria ultrapassada, sendo esta ‘revolução’ a consequência inevitável (automática) da revolução tecnológica, sem tocar em

⁵⁰ Este ponto de vista transparece já no Keynes de *The End of Laissez-Faire* (1926): “One of the most interesting and unnoticed developments of recent decades has been the tendency of big enterprise to socialise itself. A point arrives in the growth of a big institution (...) at which the owners of the capital, i.e. the shareholders, are almost entirely dissociated from the management, with the result that the direct personal interest of the latter in the making of great profit becomes quite secondary” (*The End...*, cit., 42-43). E apareceu pela primeira vez equacionado e desenvolvido, em 1932, num livro de Adolf Berle e Gardiner Means (*Modern Corporation and Private Property*), sendo definitivamente lançado como ‘revolução’ por James Burnham (*The Managerial Revolution*, 1941), reaparecendo mais tarde, sob uma nova capa (a *tecnostutura*), nos trabalhos de J. K. Galbraith (particularmente em *The New Industrial State*, 1968). Ver também A. BERLE, *The Twentieth Century Capitalist Revolution*, cit.

nada o fundamental (a natureza das relações de produção e do sobreproduto e a classe a quem cabe o controlo deste, e, portanto, a iniciativa da produção, a direcção da produção e a definição dos seus objectivos).

- A antiga classe dominante (proprietários dos meios de produção) teria sido substituída nos EUA (e tendencialmente sê-lo-ia nos outros países capitalistas) por uma tecnocracia puramente neutral (“a purely neutral technocracy”), que “equilibra exigências diversas de diferentes grupos na comunidade, atribuindo a cada qual uma parte do fluxo de rendimento, à base da política pública e não da cupidez privada”.⁵¹ Daí resultaria uma nova lógica do sistema, pois essa tecnocracia iria adoptar um “comportamento que pode ser considerado ‘responsável’: não há demonstração de cobiça ou ganância; não há tentativa de transferir para os trabalhadores ou para a comunidade grande parte dos custos sociais da empresa”. A grande empresa moderna - conclui Carl Kaysen ⁵² - é uma empresa dotada de alma (“a soulful corporation”).

Em suma: a propriedade privada dos meios de produção não teria hoje o significado ‘económico’ e social da propriedade capitalista. Berle fala de “erosão do conceito clássico de propriedade privada”. E Schumpeter vai mais longe ainda: em seu entender, a evolução do capitalismo “desvitaliza a noção de propriedade”, opera a “evaporação do que podemos chamar a substância material da propriedade”, “afrouxa o domínio, outrora tão forte, do proprietário sobre o seu bem” - “a figura do proprietário e, com ela, o olho do patrão desapareceram de cena”.⁵³ Pelo mesmo diapasão afina Tinbergen: “(...) toda uma série de componentes da propriedade foram já nacionalizados. Como dizem outros economistas, a propriedade privada já foi *creusée*”.⁵⁴

Tudo isto para concluir, afinal, que, se é o *poder* que conta e não a *propriedade*, capitalismo e socialismo se encontram superados por um novo modo de produção (a *sociedade dos gerentes*, a *sociedade da tecnostrutura*), para o qual convergiram aqueles dois.

À luz do que fica dito, poderá dizer-se que as grandes empresas prosseguem agora, como resultado da gestão levada a cabo pelos directores profissionais, objectivos diferentes daqueles que são próprios de uma acumulação fundada na propriedade privada dos meios de produção?

Por nossa parte, respondemos que não, sem qualquer dúvida a este respeito: num modo de produção em que a iniciativa da actividade económica cabe aos detentores do capital, o crescimento da empresa não poderá conceber-se como um fim em si mesmo, só ganhando sentido como meio de valorização do capital.

⁵¹ Cfr. A. BERLE e G. MEANS, *Modern Coporation...*, cit., 356.

⁵² Cfr. C. Kaysen, ob. cit., 313/314.

⁵³ Cfr. J. Schumpeter, *Capitalism...*, cit., 141/142.

⁵⁴ Cfr. J. Tinbergen, *Entrevista*, cit.

17.5. - Quanto ao estatuto dos *managers* (da *tecnostutura*) nas actuais sociedades capitalistas, cabe perguntar: serão uma *classe neutra*? Integrarão a classe capitalista (monopolista) dominante e/ou estarão ao serviço dela?

Não pode negar-se que a realidade das sociedades por acções significa que a sua administração não está sob o controlo efectivo de todos os accionistas. O poder de controlo escapa, na prática, aos pequenos accionistas, o que, aliás, representa uma vantagem para os grandes, que ficam a dispor do dinheiro dos pequenos e beneficiam da concentração do poder económico nas suas mãos, em medida muito superior à que derivaria apenas do seu próprio capital. Não se nega tal fenómeno, mas cremos que não tem fundamento sério a tese de que o poder económico cabe agora a indivíduos que não detêm a propriedade dos meios de produção, a tese que afirma como dominante o *poder sem propriedade*.

A verdade é que os administradores que controlam as sociedades por acções (*the managerial stratum*) constituem "o grupo mais activo e influente da classe dos proprietários", como salientam Baran e Sweezy: "os *managers* estão entre os maiores proprietários; e, em virtude das posições estratégicas que ocupam, eles funcionam como protectores e porta-vozes de toda a propriedade em grande escala. Longe de serem uma classe à parte, constituem na realidade o escalão principal da classe dos proprietários".⁵⁵ E a experiência mostra que, em regra, os administradores de categoria mais elevada (*top managers*) pertencem ao mesmo grupo social dos proprietários, desenvolvendo estreitas relações uns com os outros, na sociedade e no mundo dos negócios.

E quando assim não for (i.é, quando os *managers* não são eles próprios accionistas e até grandes accionistas) sempre acontecerá que os directores não passam de instrumentos mais ou menos eficientes (mas sempre subordinados) dos detentores do grande capital, em relação aos quais se comportam, pura e simplesmente, como 'guarda avançada', 'burgomestres', feitores e porta-vozes.

A lógica do lucro continua, pois, a marcar o comportamento dos *managers* e das grandes sociedades anónimas. O capital só aspira à sua máxima valorização, aspiração que se concretizará não na obtenção de um optimum absoluto, mas na obtenção do máximo lucro possível em função do futuro (numa lógica de médio-longo prazo) e não apenas de cada momento considerado.

A necessidade de crescimento das empresas (imposta pelas exigências do progresso técnico e da concorrência) e a sua crescente autonomização relativamente ao financiamento externo (pela via do autofinanciamento) levam as empresas a promover a acumulação em ritmo e volume cada vez mais acentuados. Parece correcta, portanto, a conclusão de Baran e Sweezy no sentido de que "não pode haver dúvida de que a obtenção e a acumulação dos lucros

⁵⁵ Cfr. Baran/Sweezy, *Capitalismo Monopolista*, cit., 34/35.

ocupam hoje uma posição mais dominante do que nunca”, de que a actual “economia de grandes empresas é mais, e não menos, dominada pela lógica do lucro do que alguma vez o foi a economia de pequenos empresários”.⁵⁶

17.6. - Do que fica dito poderá concluir-se que a expansão das (grandes) sociedades por acções não trouxe, como consequência, a ‘morte’ da propriedade privada dos meios de produção nem a sua ‘destruição’ enquanto elemento caracterizador do modo de produção capitalista. Antes pelo contrário: o desenvolvimento das sociedades por acções significa o desenvolvimento de uma das leis fundamentais do capitalismo, a lei da concentração capitalista. Tais sociedades têm-se revelado, efectivamente, um meio grandemente potenciador da concentração do capital e um poderoso instrumento de centralização de capitais e de poder económico em um número cada vez mais reduzido de grandes empresas e, no seio destas, em um número cada vez mais reduzido de grandes accionistas.

O fenómeno da dissociação entre a propriedade e o poder tem, assim, o significado de uma ‘expropriação’ do grande número de pequenos accionistas (afastados do poder) por um número restrito de grandes accionistas, nos quais se concentra todo o poder, acrescentando aos poderes que lhes advêm da sua propriedade aquilo a que um autor chamou “o poder sobre a propriedade de outrem”.

A actuação dos gerentes profissionais tem, pois, de entender-se na dinâmica de um processo de expropriação de facto dos pequenos accionistas em favor dos grandes, processo que a actuação dos managers favorece objectivamente, abrindo um conflito que não é, seguramente, entre managers e proprietários (accionistas), mas sim entre os grandes accionistas (que os managers são ou representam) e os pequenos accionistas, entre aqueles que Joan Robinson⁵⁷ chama os insiders (grandes accionistas que controlam a empresa) e os outsiders (pequenos accionistas passivos, proprietários de acções que consideram apenas como títulos de rendimento).

18. - Para concluir: a propriedade capitalista continua a ser o elemento caracterizador essencial do sistema económico-social capitalista. A construção do socialismo não pode abdicar da socialização dos principais meios de produção e dos recursos naturais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNAULT, Jacques: *A democracia à americana*, trad. Port., Lisboa, Editorial

⁵⁶ Cfr. Baran/Sweezy, últ. ob. cit., 28 e 43/44.

⁵⁷ Cfr. J. Robinson, *The Accumulation...*, cit., 8.

Caminho, 1984.

Avelãs Nunes, António José: - *Do capitalismo e do socialismo* (polémica com Jan Tinbergen, Prémio Nobel da Economia), Vértice/Atlântida Editora, Coimbra, 1972 (editado também no Brasil, com um Prefácio do Prof. Doutor Gilberto Bercovici e uma nota de apresentação do Autor, por iniciativa da Fundação Boiteux, Florianópolis, 2008).

Baran, Paul e Paul Sweezy: *Monopoly Capital – An Essay on the American Economic and Social Order*, Monthly Review Press, N. York, 1966 (utiliza-se a edição brasileira, Capitalismo Monopolista, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1966).

BERLE, Adolf A.: *The Twentieth Century Capitalist Revolution*, Harcourt Brace and Company, N. York, 1954;

- *Power without property. A new development in American Political Economy*, Harcourt, Brace&World, N. York, 1059;

- “Les grandes unités”, em *Encyclopédie Française*, Vol. IX.

BERLE, A. A. and Gardiner MEANS: *The Modern Corporation and Private Property*, MacMillan Company, N. York, 1940 (a 1ª ed. é de 1932).

BRUHAT, Jean: “Les socialistes français de 1848 à 1871”, em J. DROZ, *Histoire Générale du Socialisme*, cit., t. I.

DANSETTE, A.: *Les origines de la Commune de 1871*, Plon, Paris, 1944.

ENGELS, Friedrich: *Anti-Dühring*, Edições Afrodite, Lisboa, s/d.

GALBRAITH, John Kenneth: - *Anatomia do Poder* (1ª ed. americana, 1983), trad. port., Difel, Lisboa, s/d.

GAMBLE, Andrew e Paul WALTON: *El capitalismo en crisis – La inflación y el Estado* (1ª ed. inglesa, 1976), trad cast., Siglo XXI Editores, Madrid, 1978.

KAYSER, Carl: “The Social Significance of Modern Corporation”, em *The American Economic Review*, Maio/1957.

KEYNES, John Maynard: - *General Theory of Employment, Interest and Money*, MacMillan and Co., Limited, Londres, 1936.

MANDEL, Ernest: *Traité d'Économie Marxiste* (4 vols.), Union Générale d'Éditions, Col. 10/18, Paris, 1969.

MARX, Karl: - *Le Capital* (Livre I), trad. de J. Roy, Garnier Flammarion, Paris, 1969;

- *Oeuvres de Karl Marx* (2 vols.), edição de Maximilien RUBEL, Éditions Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1968.

PERROUX, François: *L'Économie du XX^e Siècle*, 3ª edição, PUF, Paris, 1969 (1ª edição, 1961).

- POKROVSKI, V. S. (Dir.): *História das Ideologias*, trad. port. (4 vols.), Editorial Estampa, Lisboa, 1972.
- RICARDO, David: *Princípios de Economia Política e de Tributação*, trad. Port., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1975.
- ROBINSON, Joan: *The Accumulation of Capital*, MacMillan, Londres, 1956.
- ROMEUF, Jean: *L'économie planifié*, PUF, Que sais-je?, Paris, 1955.
- SAMUELSON, Paul: *Economia*, trad. port., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1967.
- SCHUMPETER, Joseph: *Capitalism, Socialism and Democracy*, G. Allen & Unwin, Londres, 1943.
- SHONFIELD, Andrew: *Modern Capitalism – The Changing Balance of Public and Private Power*, Oxford University Press, Londres, 1965 (utiliza-se a edição brasileira, *Capitalismo Moderno*, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1968).
- SMITH, Adam: *Riqueza das Nações* (2 vols.), trad. port., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1983.
- SOARES, Rogério: *Direito Público e Sociedade Técnica*, Atlântida Editora, Coimbra, 1969.
- SOBOUL, Albert: “Utopie et Révolution Française”, em J. DROZ (Dir.), *Histoire Générale du Socialisme*, cit., I.
- TEIXEIRA RIBEIRO, J. J.: - *A nova estrutura da economia*, Separata da *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, 1948;
- *Sobre o Socialismo*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.
- TINBERGEN, Jan: - “Idéologies et développement scientifique”, em *Revue de la Politique Internationale*, nº 372, de 5.4.1965;
- “Face à l’avenir”, em *Revue de la Politique Internationale*, nº 374, de 5.6.1965;
- Entrevista concedida ao *Jornal do Fundão*, de 7.12.1969 (reproduzida em A. J. AVELÁS NUNES, *Do capitalismo e do socialismo*, cit.);
- “O essencial do socialismo”, reproduzido em A. J. AVELÁS NUNES, *Do capitalismo e do socialismo*, cit.
- TUCKER, Robert: *Philosophie et mythe chez Karl Marx*, trad. Francesa, Payot, Paris, 1963.
- VACHET, André: *L'idéologie libérale – L'individu et sa propriété*, Paris, Ed. Anthropos, 1970.





LE DROIT A L'ENVIRONNEMENT EN DROIT FRANÇAIS ET DEVANT LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Eric Canal-Forgues¹

RESUMO :

O presente estudo analisa o direito ao meio ambiente proposto pela Carta de meio ambiente numa perspectiva do direito francês e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Palavras-Chave :

Direito ao meio ambiente. Direito francês. Direitos humanos.

RÉSUMÉ :

Cette étude vise analyser le droit à l'environnement envisagé par la Charte de l'environnement dans une perspective du droit français e de la Cour européenne des droits de l'homme.

Mots-Clés :

Droit à l'environnement. Droit français. Droits de l'homme.

I. INTRODUCTION

Depuis l'entrée en vigueur le 2 mars 2005 de la Charte de l'environnement, le droit à l'environnement possède en droit français une valeur constitutionnelle. Au même titre que la Constitution française de 1958 dont le Préambule accueille désormais le texte de la Charte, il se situe au sommet de la hiérarchie des normes applicables dans l'ordre juridique français.

Bien que la France soit tenue par ses engagements internationaux en matière de protection de l'environnement tant au niveau communautaire que

¹ Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris Descartes, Avocat au barreau de Paris.

dans le cadre du Conseil de l'Europe ou encore par le biais de sa participation à l'élaboration des déclarations de Stockholm (1972), Rio (1992) et Johannesburg (2002), une seule convention internationale régulièrement introduite en droit interne avait auparavant consacré un véritable droit à l'environnement. Il s'agissait de la Convention d'Aarhus de 1998, entrée en vigueur en France le 6 octobre 2002, dont l'article 1^{er} énonce « le droit de chacun, dans les générations présentes et futures, de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être... ». Tout en mettant l'accent sur le droit de la santé de chacun pour la sauvegarde duquel l'environnement est appelé à contribuer, le droit en question n'avait reçu qu'une valeur supra législative qui est celle des traités internationaux régulièrement ratifiés en France. Il se situait à un niveau inférieur aux autres droits de l'homme consacrés en droit interne qui, eux, bénéficient d'une reconnaissance constitutionnelle. Si l'on a aujourd'hui remédié à cet état de fait, il reste à savoir si le nouveau fondement constitutionnel du droit à l'environnement lui permet d'être mieux appréhendé par les décideurs nationaux. En d'autres termes, qu'en est-il de son contenu réel ?

Afin de tenter d'élucider la portée exacte de l'article 1er de la Charte de l'environnement, qui consacre le droit de chacun de « vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé », il est important de noter que la formulation retenue traduit en réalité la double fonction de l'environnement consacrée par de nombreux exemples constitutionnels étrangers au titre desquels domine l'idée d'un environnement sain d'un côté et d'un environnement qui ne détruit pas la nature et la santé de l'homme de l'autre². La nature et la finalité respectives de ces deux « volets » du droit à l'environnement tels qu'envisagés par la Charte constituent les éléments qu'il importe ici d'éclairer.

II. LE DROIT A UN ENVIRONNEMENT EQUILIBRE

Cette première affirmation de l'article 1^{er} renvoie en réalité à la protection de l'environnement. Avoir droit à un environnement équilibré signifie avant toute chose l'obligation de maintenir ce dernier dans un état d'équilibre. Ce n'est que par ricochet que l'individu profite de la protection de l'environnement, car seule la représentation humaine permet de prendre en compte les « plaintes » de l'environnement³. Cet état de fait ne permet pas *a priori* de rattacher cette disposition à la catégorie des droits de l'homme connus du droit français, à savoir les droits civils et politiques nés de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (droits dits « de première génération ») ou les droits sociaux issus du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (droits dits

² PRIEUR, M. « Les nouveaux droits ». In : *Annuaire Juridique de Droit Administratif. Dossier La Charte de l'environnement*. 2005, p.1157-1163.

³ FONBAUSTIER, L. « Environnement et pacte écologique. Remarque sur la philosophie d'un nouveau « droit à ». *Cahier du Conseil constitutionnel. Etude et doctrine, La Constitution et l'environnement*, n°15, 2003, p.2.

« de deuxième génération »). Il convient dès lors de se demander quelle est la qualification juridique du « droit à l'environnement équilibré » de l'article 1^{er} avant de tenter de déterminer si l'absence de définition précise dudit droit porte ou non préjudice à l'effectivité de la nouvelle disposition constitutionnelle.

A. QUALIFICATION

L'article 1^{er} proclamant le droit à un environnement équilibré se révèle n'être que la prolongation ou la contrepartie du « devoir » de protéger l'environnement proclamé à l'article 2⁴. C'est bien l'état de l'environnement qui se situe au premier plan, mais l'objectif final n'est jamais la protection de l'environnement pour lui-même. Atteindre ce but permet en fin de compte à l'homme de vivre convenablement. Est-ce à dire que l'on est en présence d'un droit de l'homme au sens de la Déclaration de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946 ? Rien n'est moins sûr. Outre des raisons symboliques et extrinsèques⁵ à la lettre de la Charte qui ne permettent pas de conclure avec certitude au caractère de droit de l'homme de la protection de l'environnement, il existe des raisons de fond ou intrinsèques qui sont dues à la substance même de l'article 1^{er} et qui font du droit à un environnement équilibré une catégorie à part.

Le point de départ constitue indéniablement le terme choisi pour

⁴ Voir en ce sens les travaux préparatoires de la Charte. On a pu rappeler qu'au moment des débats sur la forme que devrait prendre la reconnaissance du droit à l'environnement, « Beaucoup préféreraient (...) au « droit à un environnement sain » un « droit à la protection d'un environnement sain » confortant de cette façon l'idée selon laquelle cette partie de l'article 1^{er} est équivalente à l'objectif de protection de l'environnement énoncé à l'article 2. Voir JEGOUZO, Y. « Quelques réflexions sur le projet de Charte de l'environnement ». In : *Cahiers du Conseil constitutionnel Etudes et doctrine. La Constitution et l'environnement*. n°15, 2003, p.6.

⁵ La première raison extrinsèque au texte penchant en défaveur de la qualification de droit de l'homme était bien l'intention du Comité juridique chargé de la rédaction du texte de la Charte. En réalité, il avait « considér(é) qu'il ne fallait accorder à ce droit que la valeur d'un objectif à valeur constitutionnelle... » ; JEGOUZO, Y. « Le rôle constituant de la Commission Coppens ». In : *La Charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur. Revue juridique de l'environnement*, n° spécial 2005, p. 82.

La deuxième raison plus symbolique est le choix de la procédure d'adoption de la Charte. Après avoir un temps hésité entre le Congrès et le référendum, la Président de la République a finalement choisi le recours au Parlement en privant de la sorte le peuple de la possibilité de promouvoir « une troisième génération de droits de l'homme » dont il devait être le premier destinataire, FEVRIER, J-M. « La procédure d'élaboration de la Charte de l'environnement ». *Cahier du Conseil constitutionnel. Etudes et doctrine. La Constitution et l'environnement*, n°15, 2003, p. 90.

On peut enfin signaler la teneur exacte du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 après incorporation de la Charte : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale (...) ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2003 ». Force est de constater que les droits proclamés ne le sont pas tous au même titre.

désigner le support de la reconnaissance des nouveaux principes. Le choix d'une « Charte » n'est pas fortuit en ce sens qu'il désigne un « document définissant solennellement des droits et des devoirs »⁶. Son contenu se trouve d'emblée singularisé, car seuls les droits en matière d'environnement vont traduire l'idée de contrat et impliquer des devoirs en contrepartie⁷. C'est ce que l'on appelle des droits-créances constitutifs, pour une certaine partie de la doctrine, de « faux droits » diluant les véritables droits-libertés⁸. En effet, sans aller jusqu'à souscrire à cette position extrême, la majorité des auteurs affirme volontiers que le droit à la protection de l'environnement n'est pas un droit subjectif au sens de la DDHC de 1789 en raison notamment d'un contenu plus déclaratif et beaucoup moins précis⁹. Ils considèrent souvent ce droit en ne perdant pas de vue l'ensemble des dispositions de la Charte. Cependant, au-delà de cet accord de principe, la controverse est très vite apparue en raison non seulement du classement dudit droit dans des (sous) catégories juridiques diverses mais aussi, et surtout, faute de consensus quant à la teneur exacte de la terminologie employée. Les auteurs recourent parfois à des termes identiques tout y rattachant des contenus variables. La définition de l'article 1^{er} ne peut que s'en trouver brouillée.

Tout en s'accordant sur le fait que le droit à l'environnement est un droit-créance dans la mesure où les bénéficiaires de la protection de l'environnement en sont également les débiteurs (article 2 de la Charte), les constitutionnalistes n'ont pas la même conception du droit-créance. Pour certains, il s'agit d'un droit, certes de troisième génération, mais un droit tout de même et non pas une simple orientation donnée par le pouvoir constituant. Simplement, il occupe une place hiérarchiquement inférieure par rapport aux droits civils de l'homme

⁶ CAPITANI, A. « La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ? ». In : *RFDC*. n°63, 2005, p. 494.

⁷ « On peut d'ailleurs se poser la question de savoir si les « devoirs » ont leur place dans les déclarations de droits. Ce n'est pas la tradition constitutionnelle française. On ne trouve aucun devoir dans la Déclaration des droits de 1789 et dans le préambule de 1946 ne figure que « le devoir de travailler ». Selon certains, l'énoncé de devoirs évoque les régimes autoritaires. V. PRIEUR, M. « Vers un droit de l'environnement renouvelé ». In : *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°15, *Etudes et doctrine, La Constitution et l'environnement*, 2003, p.9

⁸ Auteurs signalés par PRIEUR, M. *op. cit.*, p.1157 ; Voir également PELLOUX, R. « Vrais et faux droits de l'homme, problèmes de définition et de classification ». In : *Revue du Droit Public*. n°1, 1981, p.58-59

⁹ Quelques auteurs affirment néanmoins que l'article 1^{er} énonce un droit subjectif à l'environnement qui vient compléter la panoplie des droits de l'homme. Pour les partisans de cette lecture de l'article, la Charte ne laisse pas l'ombre d'un doute et la rédaction semble « parfaitement claire ». Or, il n'en est rien en raison notamment de l'imprécision qu'entoure le terme même d'« environnement équilibré ». Il ne suffit pas de recourir au terme de « droit » pour avoir la certitude de le posséder faute de précision quant à son contenu réel. Voir en ce sens HUTEN, N. et COHENDET, M-A. « La Charte de l'environnement deux ans après : chronique d'une anesthésie au Palais-royal (1^{er} partie) ». In : *Revue Juridique de l'environnement*. 3/2007, p.283 ; égale M. PRIEUR, qui estime que l'article 1^{er} reconnaît clairement un droit subjectif relevant des droits fondamentaux de la personne tout en qualifiant de « procès d'intention » la position de ceux qui ne partagent pas ce point de vue « L'environnement est entré dans la constitution », in *La Charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur, op. cit.*, p. 28.

ou aux droits sociaux¹⁰. Pour d'autres, il n'y a pas de droit sans obligation. Or, la Charte se contente de mentionner des devoirs. « Si la connotation morale de ces derniers est évidente, leur traduction juridique l'est en revanche beaucoup moins »¹¹. Il est difficile de parler d'obligation juridique dans ces conditions.

Ce premier courant de la doctrine réfute la position des auteurs qui rejettent toute forme de droit à l'environnement et pour qui les « droits-créances (...) sont juridiquement qualifiés d'objectifs constitutionnels »¹², lesquels ne pourraient être issus que d'« un texte constitutionnel préexistant interprété par le juge constitutionnel sur la base d'un droit déjà reconnu »¹³. Or, compte tenu de l'imprécision du droit à un environnement équilibré énoncé à l'article 1^{er}, le juge devra définir son contenu. Par conséquent, il est juridiquement correct de qualifier d'objectif à atteindre un droit obtenu « par ricochet » après que ses titulaires ont ou non contribué à sa réalisation. Il faudra préciser le degré d'équilibre suffisant pour que le droit à l'environnement équilibré ne soit pas considéré comme violé. Ce sont par conséquent les conciliations et ajustements qu'opérera le juge de l'environnement avec d'autres exigences constitutionnelles qui donneront la mesure du droit en question.

Il y a enfin des auteurs pour qui le droit énoncé à l'article 1^{er} de la Charte n'est qu'une règle procédurale (et non pas un droit au sens étymologique du terme) permettant désormais à tous de bénéficier des outils nécessaires à la protection de *leur* droit à l'environnement. Comme il s'agit d'assurer la protection de l'environnement et non pas d'attribuer une partie de l'environnement à une personne ou à une collectivité données, auquel cas l'environnement aurait pu être considéré comme un droit subjectif, il convient d'assurer à toute personne des procédures adéquates permettant de protéger « son » environnement - que par ailleurs, dans l'écrasante majorité des situations, elle partage avec d'autres¹⁴.

B. EFFECTIVITÉ

Ceux pour qui la protection de l'environnement n'est pas un droit subjectif justifient ce raisonnement par le fait que pareille reconnaissance engendrerait nécessairement une multiplication des contentieux, source

¹⁰ Soulignons à ce propos le caractère proprement français du classement des droits de l'homme. La CEDH ne distingue aucunement la valeur des différents droits qu'elle proclame.

¹¹ FONBAUSTIER, L. *op. cit.* p. 4 ; ou encore « ...l'utilisation de l'expression « devoir » a été discutée dans la mesure où elle emprunte davantage à la morale et au discours politique qu'à la technique juridique. Le droit connaît bien les obligations ; il reste relativement étranger aux « devoirs », JEGOUZO, Y. « De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité ». In : *Annuaire Juridique de Droit Administratif. Dossier La Charte de l'environnement*. 2005, p.1164

¹² MATHIEU, B. *op.cit.* p.1171.

¹³ PRIEUR, M. *op. cit.* p.1159.

¹⁴ KISS, A-C. « Environnement, droit international, droits fondamentaux ». In : *Cahier du Conseil constitutionnel. Etudes et doctrine, La Constitution et l'environnement*, n°15, 2003, p.3.

d'insécurité juridique¹⁵. Mais en serait-il vraiment ainsi pour un « droit » en lui-même peu défini voire très vague dans sa teneur exacte ? Ne serait-il pas malaisé pour un citoyen d'exciper, lors d'un recours devant le juge, d'un intérêt propre particulièrement touché par une atteinte à l'environnement par essence « patrimoine commun de la nation »¹⁶ ? C'est en tout cas de cette façon qu'a raisonné le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens dans son ordonnance rendue le 8 décembre 2005. « Si », a estimé le juge, « toute personne peut se prévaloir du droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé, qui lui est conféré par les dispositions précitées de l'article premier de la Charte de l'environnement, c'est à la condition qu'elle apporte devant le juge les éléments de nature à faire regarder la décision attaquée comme portant atteinte à sa situation personnelle protégée par ce droit ». En l'espèce, le juge a décidé que les requérants n'avaient pas apporté suffisamment d'éléments de nature à prouver « une atteinte directe et certaine à leur situation personnelle protégée par le droit qu'ils invoquent ».

Par conséquent, s'agissant du cas particulier de l'environnement n'est-il pas plus juste de considérer que dès lors que l'on considère qu'il s'agit d'un principe plus général de valeur constitutionnelle, « la formulation retenue permettra (...) plus facilement d'agir sans avoir à prouver une atteinte personnelle (...) »¹⁷. La violation du droit pourra être établie du simple fait que l'environnement ne sera pas équilibré. Considéré de la sorte, le droit à un environnement équilibré rejoint incontestablement la catégorie des droits objectifs ou encore collectifs appelant une solidarité poussée entre leurs titulaires. Il est indéniable que l'imprécision pose le problème de l'exercice des droits en général. Mais à propos de l'absence de qualification précise du droit à la protection de l'environnement, ce fait joue plutôt en faveur de sa plus grande justiciabilité.

Or force est de constater que, sans aller jusqu'à définir expressément les principes de la Charte, les juridictions nationales ont déjà statué en faveur de leur invocabilité et applicabilité directe. Cela a pour conséquence directe d'éloigner lesdits principes de la catégorie des objectifs à valeur constitutionnelle pour les rapprocher de celle des droits de l'homme. L'argument selon lequel seule l'intervention d'une loi déterminant les principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement (article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958) permettrait aux titulaires de ce droit d'en soumettre la protection au juge n'a pas résisté longtemps à la pratique jurisprudentielle française, spécialement administrative.

Depuis l'adoption de la Charte en 2005, et bien que le Conseil d'Etat ait statué à plusieurs reprises sur la valeur de la Charte prise dans sa globalité, il

¹⁵ MATHIEU, B. « La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue ». In : *La Charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur*, p.135

¹⁶ Code de l'environnement, article L.110-1 I.

¹⁷ PRIEUR, M. *op. cit.*, p.1159

n'a eu qu'une seule occasion de statuer sur la conformité d'un acte administratif à son article 1^{er}. Dans l'arrêt *Association Eau et rivières de Bretagne* (2006), le Conseil d'Etat a estimé que « lorsque des dispositions législatives ont été prises pour assurer la mise en œuvre des principes annoncés aux articles 1, 2 et 6 de la Charte de l'environnement de 2004 (...), la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions, sous réserve s'agissant de dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui découlent de cette Charte ». De fait, malgré la vigoureuse démonstration en l'espèce du commissaire du gouvernement contre l'invocabilité de la Charte, le Conseil d'Etat n'a pas exclu l'applicabilité directe de ses articles 1, 2 et 6 dans deux hypothèses bien précises, d'abord lorsqu'aucune disposition législative n'a été prise pour la mise en œuvre desdits principes, ensuite si la loi antérieure énonçant les mêmes principes n'est pas conforme à la lettre de la Charte.

La terminologie employée par la juridiction administrative suprême penche aussi en faveur de l'applicabilité directe des dispositions de la Charte. Le terme de « principe »¹⁸ demeure, conformément à la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, d'application directe et peut, contrairement aux « objectifs », être appliqué purement et simplement pas le juge ordinaire. Sans statuer directement sur l'article 1^{er} de la Charte le Conseil d'Etat a affirmé, dans une décision en date du 3 octobre 2008, que l'article 7 de la Charte relatif à la participation du public à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, « comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, (...) ont valeur constitutionnelle ». Par conséquent, ils s'imposent au juge de la légalité des actes individuels et doivent pouvoir être invoqués à l'appui d'un recours.

A la lumière des débats qui ont suivi l'adoption de la Charte, il semble que le problème de la définition de l'article 1^{er} soit principalement sémantique. On peut se demander s'il est besoin de fixer la nature du droit consacré en fonction d'un concept juridique précis pour s'assurer de son effectivité et assurer à tous un meilleur cadre de vie. Dès lors qu'il n'existe aucune distinction au sein des droits constitutionnellement garantis entre les droits de l'homme directement invocables et les simples objectifs qui ne le seraient pas, la recherche de la qualification du droit à l'environnement perd de son intérêt eu égard à la question de son applicabilité et donc de son effectivité.

¹⁸ On ne manquera pas de relever à cet égard la controverse qui existe quant à la portée exacte de ce terme. Ainsi, bien que présentant un caractère de droit social (celui-ci penchant clairement en faveur de la reconnaissance d'un principe directement invocable au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (en ce sens CHAHID-NOURAI, N. *op. cit.*, p.1177), le droit à l'environnement avait été considéré dans le projet de « Constitution » pour l'Europe comme un principe assimilable aux objectifs constitutionnels par opposition aux droits seuls directement invocables devant le juge. MATHIEU, B. « La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue ». In : *RJE*. n° spécial, 2005, p.133.

III. LE DROIT A UN ENVIRONNEMENT RESPECTUEUX DE LA SANTE

La deuxième partie de l'article 1^{er} dépasse l'objectif de la préservation environnementale pour se concentrer sur le seul but du respect de la santé humaine. Cette formulation prive le droit à l'environnement d'un contenu autonome, à la manière de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), qui, ne disposant d'aucun support textuel assurant le respect du droit à l'environnement en tant que tel, rattache l'exigence de sa protection aux droits de la Convention européenne. L'absence d'autonomie du droit à l'environnement renvoie dès lors à un principe appelé simplement à appuyer les politiques publiques de respect des droits de l'homme.

A. ABSENCE DE CONTENU AUTONOME

La formule choisie dans la deuxième partie de l'article 1^{er} annonce une limite de taille au droit à l'environnement. Celui-ci n'est assuré que lorsque la dégradation de l'environnement est telle qu'elle porte atteinte à la santé de l'homme. Dès lors, le droit à l'environnement apparaît comme relevant de la seule protection de la santé humaine.

La deuxième partie de l'article 1^{er} entérine, en réalité, la démarche qui a été celle de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹. Faute de disposition dans la Convention assurant une protection générale de l'environnement, la Cour avait estimé qu'il n'y avait aucune raison d'adopter une démarche particulière tenant à un statut spécial qui serait accordé aux droits environnementaux de l'homme²⁰. Ces droits découlent tout simplement des articles 2 et 8 de la CEDH relatifs respectivement au droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance et au droit à la vie. Depuis l'arrêt *Lopez Ostra* du 9 décembre 1994²¹ qui avait placé en première ligne le droit au respect du domicile pour assurer l'émergence de l'équivalent d'un droit à un environnement sain, la Cour se soucie de l'environnement comme composante de la qualité de la vie humaine. Dans un arrêt *Moreno Gomez c/ Espagne* du 16 novembre 2004, la Cour a donné au droit au respect du domicile toute sa portée environnementale: « Des atteintes au droit au respect du domicile ne visent pas seulement les atteintes matérielles ou corporelles, telle que l'entrée d'une personne non autorisée, mais aussi les atteintes immatérielles ou incorporelles,

¹⁹ Le Conseil constitutionnel français avait, quant à lui, une manière beaucoup plus indirecte de reconnaître l'intérêt général que représentait la protection de l'environnement en recherchant les atteintes qu'elle pouvait justifier à des droits constitutionnellement garantis tels que le droit de propriété, la liberté d'entreprendre ou encore l'égalité devant les charges publiques. Voir JEGOUZO, *Y. op. cit.*, p. 8.

²⁰ CEDH, *Kyrtatos c/ Grèce*, 22 mai 2003 et *Hatton et a. c/ Royaume-Uni*, 8 juillet 2003.

²¹ CEDH, *Lopez Ostra c/ Espagne*, 9 décembre 1994 ; JDI 1995, p. 798, note P. Tavernier..

telles que les bruits, les émissions, les odeurs et autres négligences »²². C'est ensuite du droit à la vie inscrit à l'article 2 que le juge européen a déduit le droit à un environnement respectueux de la santé²³.

Face à la jurisprudence abondante de la Cour européenne en la matière et faute de protocole additionnel assurant la prise en compte systématique de l'environnement, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a publié un « Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement » récapitulant dans un document juridiquement non contraignant l'ensemble des principes dégagés par la jurisprudence. Force est de constater que ce texte reprend, conformément à son titre, la manière de faire de la Cour en n'énonçant aucun droit à l'environnement autonome extérieur au droit à la vie ou encore du respect de la vie privée et familiale et du domicile. Une partie de la doctrine française a fait sienne cette démarche en matière d'environnement. Elle estime que, bien que « des pas sérieux (aie)nt été faits dans l'insertion de considérations relatives à la protection de l'environnement dans la pratique des organes internationaux judiciaires ou quasi judiciaires chargés de garantir le respect des droits de l'homme... il convient ... « d'admettre qu'il n'existe pas de jurisprudence systématique reconnaissant le droit à l'environnement en tant qu'un des droits de l'homme ». Par conséquent, l'environnement serait implicitement inclus dans certains droits, comme le droit à la vie ou le droit à la santé²⁴.

B. ABSENCE D'OBJECTIF AUTONOME

La constitutionnalisation d'un droit à l'environnement a permis indéniablement aux droits de l'homme d'être mieux protégés et encore renforcés dans leur contenu. Il s'agit d'une exigence supplémentaire pour le législateur français chargé de garantir le respect des libertés fondamentales. Le texte de la Charte impose désormais la prise en compte de l'environnement dans toutes les politiques publiques au nom d'un environnement favorable à la santé. De manière générale, comme l'a souligné le Conseil d'Etat dans son arrêt précité du 3 octobre 2008, les droits et devoirs énoncés par la Charte de l'environnement « s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs ».

Cette démarche renvoie aux questions générales des habitudes de vie « bonnes pour la santé ». L'environnement semble pris ici au sens banal de cadre de vie. On est très proche de la qualité de la vie et bien moins d'un droit à proprement parler, une qualité de vie nécessaire à l'exercice effectif de tous les autres droits de l'homme bénéficiant d'un contenu propre. Certains auteurs considèrent ainsi l'environnement comme une « règle (générale) de droit naturel » ayant la protection de l'homme comme finalité et consacrant une

²² Voir en ce sens aussi CEDH, *Fadeyeva c/ Russie*, 9 juin 2005

²³ CEDH, *Oneryildiz c/ Turquie*, 30 novembre 2004

²⁴ KISS, A-C. *op. cit.*, p.7-8.

prise en compte de l'environnement comme cadre et milieu du développement humain²⁵. Il est considéré dorénavant comme un arrière plan de toute politique publique actuelle ou future de protection de l'homme.

Au total, la finalité de l'article 1^{er} reste le bien-être de l'homme, car « l'environnement n'est pas protégé en lui-même mais en ce qu'il conditionne la vie de l'homme »²⁶. Par conséquent, même si le droit à l'environnement n'est pas désigné comme tel, son utilité est d'assurer le respect des droits de l'homme. L'environnement n'est pas une finalité en soi et il est donc sans gravité s'il n'est pas considéré en doctrine comme un droit de l'homme. Compte tenu de la confusion qui existe avec les droits de l'homme aussi bien en amont qu'en aval de la recherche d'une définition précise du droit à l'environnement, celui-ci ne peut être qu'un droit appartenant à l'homme dès lors qu'il conditionne de près ou de loin l'exercice de l'ensemble des droits de l'être humain.

IV. REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

CAPITANI, A. « La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ? ». In : *RFDC*. n°63, 2005, p. 493-516.

FEVRIER, J-M. « La procédure d'élaboration de la Charte de l'environnement ». *Cahier du Conseil constitutionnel. Etudes et doctrine. La Constitution et l'environnement*, n°15, 2003.

FONBAUSTIER, L. « Environnement et pacte écologique. Remarque sur la philosophie d'un nouveau « droit à ». *Cahier du Conseil constitutionnel. Etude et doctrine, La Constitution et l'environnement*, n°15, 2003.

HUTEN, N. et COHENDET, M-A. « La Charte de l'environnement deux ans après : chronique d'une anesthésie au Palais-royal (1^{er} partie) ». In : *Revue Juridique de l'environnement*. 3/2007, p.277-294.

JEGOUZO, Y. « De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité ». In : *Annuaire Juridique de Droit Administratif. Dossier La Charte de l'environnement*. 2005, p.1164-1169.

JEGOUZO, Y. « Le rôle constituant de la Commission Coppens ». In : *La Charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur. Revue juridique de l'environnement*, n° spécial, 2005, p.79-87.

JEGOUZO, Y. « Quelques réflexions sur le projet de Charte de l'environnement ». In : *Cahiers du Conseil constitutionnel Etudes et doctrine. La Constitution et*

²⁵ TREBULLE, F-G. « Charte de l'environnement. Article 1^{er} ». In : *Revue Mensuelle LexisNexis JurisClasseur. Environnement*.. avril 2005, p.19.

²⁶ JEGOUZO, Y. et LOLOUM, F. « La portée juridique de la Charte de l'environnement ». In : *Droit administratif*. chron.6, 2004.

l'environnement. n°15, 2003, p.6.

JEGOUZO, Y. et LOLOUM, F. « La portée juridique de la Charte de l'environnement ». In : *Droit administratif*. chron.6, 2004.

KISS, A-C. « Environnement, droit international, droits fondamentaux ». In : *Cahier du Conseil constitutionnel. Etudes et doctrine, La Constitution et l'environnement*, n°15, 2003.

MATHIEU, B. « La portée de la Charte pour le juge constitutionnel ». In : *Dossier La Charte de l'environnement*. 2005, p.1170-1174.

MATHIEU, B. « La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue ». In : *La Charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur*, p.131-136.

PELLOUX, R. « Vrais et faux droits de l'homme, problèmes de définition et de classification ». In : *Revue du Droit Public*. n°1, 1981, p.53-68.

PELLOUX, R. « Vrais et faux droits de l'homme, problèmes de définition et de classification ». In : *Revue du droit public*. janvier-février 1981, n°1, p.53-68.

PRIEUR, M. « Les nouveaux droits ». In : *Annuaire Juridique de Droit Administratif. Dossier La Charte de l'environnement*. 2005, p.1157-1163.

PRIEUR, M. « Vers un droit de l'environnement renouvelé ». *Cahier du Conseil constitutionnel. Etudes et doctrine. La Constitution et l'environnement*, n°15, 2003.

TREBULLE, F-G. « Charte de l'environnement. Article 1^{er} ». In : *Revue Mensuelle LexisNexis JurisClasseur. Environnement*. avril 2005, p.18-21.



AS GARANTIAS DOS CONTRIBUINTE NO DIREITO TRIBUTÁRIO PORTUGUÊS

Manuel Faustino¹

Uma abordagem sistemática e não problematizante²

RESUMO

O presente artigo procura apresentar à comunidade científica brasileira os princípios constitucionais tributários vigentes em Portugal. O objetivo maior deste estudo é de discorrer sobre as garantias do contribuinte na relação jurídico-tributária, bem como, traçar um paralelo entre o direito português e as normas atuais da Comunidade Européia. Destacam-se, neste estudo as garantias formais e materiais da relação tributária, demonstrando que, apesar da necessidade de melhoria no âmbito da administração fazendária, do ponto de vista do quadro legislativo, Portugal tem uma rede bastante completa de garantias dos contribuintes.

Palavras-chave:

Princípios constitucionais. Tributação. Direito Português

ABSTRACT

This article intends to present to the Brazilian scientific community, the tax constitutional principles used in Portugal. The main objective of this study is to elaborate on the guarantees of the taxpayer in tax law and, drawing a parallel between the Portuguese law and the current ones of the European Community. It is remarkable, in this study, the procedural and substantive guarantees for the taxpaying relationship between taxpayers and the treasure, showing that, despite the need for improvement in the financial administration, in terms of legislative framework, Portugal has a fairly comprehensive network of guarantees for taxpayers.

Key-words:

Constitutional principles. Taxation. Portuguese law.

¹ Consultor Fiscal, Docente Universitário em Portugal.

² O presente texto serviu de base a uma intervenção proferida em Fortaleza, Brasil, no âmbito do IV Congresso Ibero-Americano de Direito Tributário, que decorreu entre 3 e 5 de Junho de 2009, e em que participámos por amável convite da Professora Doutora Denise Cavalcante. É, portanto, um texto preponderantemente explicativo e, principalmente, não exaustivo da problemática das garantias dos contribuintes. Ou seja, não constitui, sobre a matéria, uma «tese de autor». É neste contexto que deve ser entendido e para o facto pedimos a compreensão dos eventuais leitores.

INTRODUÇÃO

Não existe em Portugal uma lei específica sobre as garantias dos contribuintes. Consideramos garantias, para este efeito, quaisquer direitos que tutelem o contribuinte, enquanto tal, face à Administração Tributária, e que sejam vinculativas para a actuação desta. Trata-se sempre de direitos de protecção ou defesa, estando-lhes associada uma ideia de limitação ou de compressão da actividade estadual no campo tributário³. A ideia da codificação dos direitos e das garantias dos contribuintes é irmã gémea da ideia de cidadania fiscal que nasceu nos anos 90 do século passado. E ela chegou a ter expressão em algumas declarações de direitos ou estatuto dos contribuintes, como sucedeu nos Estados Unidos com a *Taxpayer Bill of Rights* de 1996, em Espanha com a *Ley de Derechos Y Garantías de los Contribuyentes* de 1998 e em Itália com o *Estatuto dos Direitos do Contribuinte Italiano*, de 2000⁴. Porém, segundo Casalta Nabais (2009), esta ideia de «cidadania fiscal» é um conceito em larga medida vazio, tendo sido trazido para a ribalta da literatura fiscal com a finalidade de, por um lado, «dourar a pílula» da sujeição aos impostos para quem efectivamente os paga e, por outro, denunciar, ou mesmo «zurzir» a falta de civismo dos fugitivos fiscais⁵. Teve aqui a sua génese, também, a ideia do hiper-garantismo fiscal, um conceito de natureza oposta, segundo o qual todo e qualquer acto da administração tributária passava, neste quadro, a ser objecto de escrutínio pelo contribuinte, o que poderia traduzir-se, no mínimo, em manobras dilatórias tendentes a diferir o momento da tributação ou, até, a fazer caducar o direito de liquidar o tributo ou a prescrever o direito de o cobrar por parte da Administração Tributária.

Porém, pelo facto de não existir uma codificação própria das garantias dos contribuintes, isso não significa que aquelas estejam menos protegidas. É hoje consensual a ideia de que existe em Portugal um sistema equilibrado de garantias dos contribuintes, sendo certo, não obstante, que, por via do aumento da eficácia da Administração Tributária, sustentada num poderoso sistema informático e em modernas tecnologias de informação que nos últimos quatro ou cinco anos atingiram um grau de aperfeiçoamento e eficiência notáveis, tanto na sua compreensividade, como na sua operacionalidade, se impunha uma actualização dessas garantias. Actualização, sobretudo, no sentido da sua adequação à rapidez da actuação da administração. É que se, por via dessa rapidez e da prática dos denominados actos-massa, um contribuinte vê, indevidamente, penhoradas as suas contas bancárias (note-se que a penhora é feita mediante ordens transmitidas electronicamente ao sistema bancário), a

³ FREITAS PEREIRA (2009), *Fiscalidade*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 295.

⁴ Restam pequenas sinopses, adoptadas como uma espécie de Resolução, e que têm por objectivo estar afixadas nos Serviços Fiscais e disponíveis nos sítios respectivos, para dar uma visão sintética dos direitos mais elementares dos contribuintes nas suas relações com as administrações fiscais. São disso exemplo a Carta do Utente (Portugal), a Carta dos Direitos do Contribuinte (Canadá) ou a Declaração dos Direitos do Contribuinte (Estados Unidos da América)

⁵ CASALTA NABAIS (2009), *Direito Fiscal*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 368

reversibilidade desse acto está, formalmente ⁽⁶⁾ dependente de uma reclamação dirigida ao juiz, mas que compete ao Chefe do serviço de finanças que a tiver ordenado apreciar em primeiro lugar e que tem dez dias para revogar o acto, subindo a reclamação ao fim dos dez dias se o chefe entender não revogar o acto. Ou seja, num caso destes, o contribuinte não tem a garantia de que o seu caso seja apreciado por um juiz antes de 15 ou 20 dias após a prática do acto lesivo e, entretanto, pode ter toda a sua vida económica bloqueada porque, indevidamente, todas as suas contas bancárias estão penhoradas. E este é um mero exemplo que, de resto, já sucedeu. As autoridades fiscais minimizam este tipo de situações qualificando-as como de marginais, mas, em nosso entender, além de tal argumento as não justificar, principalmente não as «legaliza», ou seja, não as torna legítimas, porque o contribuinte afectado é, antes de mais, um contribuinte que, não o devendo ser, tem o direito de não ser afectado na sua vida privada, na sua vida económica e também na sua vida social (o exemplo dado de penhora indevida de contas bancárias é um bom exemplo de susceptibilidade de graves repercussões sociais e económicas na vida do contribuinte afectado) por actuações que, seja qual for a sua tentativa de justificação, são actuações ilegais. Uma ou um milhão, são ilegais. E a legalidade é o primeiro valor por que deve pautar-se a actuação das administrações públicas em geral e da administração tributária em particular.

Formalmente, as garantias dos contribuintes em Portugal encontram-se dispersas. E nesta dispersão se baseiam as tentativas de classificação tipológica que os autores vêm tentando fazer. Assim, uns ⁽⁷⁾ consideram existir garantias gerais e garantias especiais, ponderando que as primeiras se aplicam a todos os tributos e as segundas se aplicam apenas a alguns deles. As garantias gerais consistem no núcleo fundamental dos direitos dos contribuintes com consagração na Constituição, na Lei Geral Tributária, no Código de Procedimento e de Processo Tributário e no Regime Complementar de Procedimento e Inspecção Tributária, acrescendo as que, aplicando-se supletivamente, se encontram consagradas no Código de Procedimento de Administrativo e no Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Garantias especiais seriam as que se aplicassem especificamente apenas a um imposto, como, por exemplo, a que decorre da norma constante do Código do Imposto Municipal sobre Transmissões Patrimoniais ⁽⁸⁾ que permite possa requerer-se ao Ministro das Finanças, e este

⁶ Excepto se for reconhecido o erro dos serviços e se proceder à sua conseqüente sanção oficiosa. Mas, infelizmente, a Administração Fiscal hoje, e sobretudo o «Deus-Sistema» em que se suporta, expressão com que queremos significar o sistema informático, são absolutamente infalíveis e, portanto, não cometem erros. Ou seja, hoje não existem, a não ser quando uma sentença judicial os declara «erros imputáveis aos Serviços». Esta é uma asserção empírica, ditada pela experiência vivida e pelos casos de que vamos tendo conhecimento.

⁷ GUIA DO FISCO (2009), A. Barros Lima Guerreiro, J. Silvério Dias Mateus, Leonel Corvelo de Freitas e Manuel Faustino (com a colaboração de Cristina Bicho), Inforfi Comunicação, Lisboa, 2009, pp. 511.

⁸ Artigo 47.º do Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro.

possa autorizá-la se julgar o imposto mal liquidado, a restituição do imposto pago por uma transmissão onerosa de imóveis, mesmo que tenham decorrido todos os prazos para syndicar, graciosa ou contenciosamente, a respectiva liquidação. Para outros⁹, as garantias dos contribuintes dividir-se-iam em garantias materiais, na medida em que se configurassem como verdadeiros direitos dos contribuintes face à Administração Tributária e em garantias adjectivo-processuais, na medida em que se traduzissem em meios de sindicabilidade dos actos praticados pela Administração Tributária. Por último, há ainda que distinga entre garantias que se concretizam em meios impugnatórios, isto é, em mecanismos de carácter sucessivo ou repressivo através dos quais os contribuintes atacam ou contestam a actuação da administração tributária, designadamente os actos que lesem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos, e as que se traduzem em meios não impugnatórios, ou seja, em meios de outra natureza, designadamente do tipo petitório através dos quais o contribuinte procura, por via de regra, evitar ou prevenir a violação dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos¹⁰. A segunda das classificações enunciada parece-nos a mais adequada ao tratamento sistemático desta matéria e nela vamos basear a nossa exposição subsequente, sem prejuízo de autonomizarmos a abordagem constitucional das garantias dos contribuintes.

A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA E AS GARANTIAS DOS CONTRIBUENTES

A primeira e principal garantia dos contribuintes continua a ser, não obstante ventos novos que neste domínio parecem soprar no direito administrativo¹¹, o princípio da legalidade fiscal consagrado no n.º 2 do artigo 103.º e na al. i) do n.º 1 do artigo 165.º, ambos da Constituição da República Portuguesa. Nos seus termos, apenas a Assembleia da República (o Parlamento), ou o Governo com autorização legislativa daquela, podem legislar quanto aos denominados elementos essenciais dos impostos: incidência, taxa, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes. Este princípio traduz-se na *reserva de lei formal* para a criação e definição dos elementos essenciais dos impostos, os

⁹ FREITAS PEREIRA (2009), op. cit., pp. 295/296 e bibliografia citada em Nota.

¹⁰ CASALTA NABAIS (2009), op. cit., pp. 369.

¹¹ Com efeito, parece que hoje o quadro da gestão pública parece cada vez mais pautado pelo pensamento inerente ao new public management, que vem, de algum modo, deslocando o parâmetro de actuação do Estado e demais entidades públicas da ideia de legalidade para a ideia de desempenho, como assinala CASALTA NABAIS (Responsabilidade civil da Administração Fiscal, in FISCALIDADE, Revista de Direito e Gestão Fiscal, n.º 33, pp. 7). A que acresce a ideia de accountability, que enfatiza a obrigação de as entidades públicas prestarem contas e de responderem pelas suas actuações, explicando-as e justificando-as. E estas duas ideias têm vindo a servir de suporte às mais diversas «actuações informais», dentro dos quais sobressaem os cada vez mais numerosos «acordos informais» - uma administração por compromissos, na tese de SUZANA TAVARES DA SILVA, também citada por CASALTA NABAIS no mesmo estudo. A questão, porém, é que, em nosso entender, nada disto tem tradução constitucional onde apenas vigora o princípio da legalidade como suporte de toda a actividade da administração pública. E enquanto o paradigma constitucional não for alterado, não pode deixar de cumprir-se.

quais não podem deixar de constar de diploma legislativo: lei da Assembleia da República ou Decreto-Lei do Governo, autorizado pela Assembleia da República. E implica a chamada tipicidade legal, ou seja, o imposto deve ser desenhado na lei de forma suficientemente determinada, sem margem para posterior desenvolvimento regulamentar, nem para discricionariedade administrativa quanto à definição, por via interpretativa, dos seus elementos essenciais, designadamente, no que diz respeito ao elemento objectivo da incidência, os seus aspectos material, espacial, temporal e quantitativo ⁽¹²⁾. E o imperativo constitucional é claro quando submete ao princípio da legalidade fiscal não apenas os elementos intrusivos ou agressivos do imposto, como a criação, a incidência e a taxa, mas também os seus elementos favoráveis, como os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes. Neste caso, a reserva de lei é justificada pelos princípios da igualdade ou isonomia, da justiça e da transparência fiscal ⁽¹³⁾.

Mas é ainda no artigo 103.º da Constituição Portuguesa que o legislador consagra o denominado *direito de resistência* a favor dos contribuintes. Na verdade, no n.º 3 desse preceito, se dispõe que ninguém é obrigado a pagar impostos em três situações. Desde logo, impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição, ou seja, impostos que hajam sido criados em violação do princípio da legalidade fiscal que acabamos de ver. Em segundo lugar, impostos que tenham natureza retroactiva, consagrando-se assim expressamente o que se já poderia considerar, e a generalidade da doutrina portuguesa considerava, como uma decorrência do princípio da protecção da confiança, inscrito no princípio do Estado de direito. E em terceiro lugar, os impostos cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei. O «direito de resistência fiscal» consagrado na Constituição não se limita a uma resistência passiva, o direito de não pagar o imposto, mas integra a resistência defensiva, isto é, o direito de defesa perante qualquer tentativa da Administração Tributária para cobrar um imposto ao qual se pudesse opor alguma das circunstâncias que, nos termos da Constituição, permitem accionar o direito de resistência ⁽¹⁴⁾. Problemática é, no entanto, tem de reconhecer-se, a articulação deste direito dos cidadãos com as regras gerais da administração tributária, nomeadamente com o *privilegio da execução prévia* de que goza, por inerente ao sistema da administração executiva. No limite, poderá lançar-se mão do recurso de inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional – matéria que, no entanto, aqui não trataremos.

E aproveitaremos este parágrafo para fazermos uma breve referência ao direito da União Europeia e à sua interferência em matéria de garantias dos contribuintes portugueses. O sistema fiscal português, como o sistema fiscal de qualquer Estado membro da União Europeia, é hoje fortemente condicionado,

¹² Por todos, PAULA DOURADO (2007), *O Princípio da Legalidade Fiscal, Tipicidade, conceitos indeterminados e margem de livre apreciação*, Almedina, Coimbra.

¹³ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 4.ª edição revista*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 1090/1092.

¹⁴ FREITAS PEREIRA (2009), pp. 297.

tanto na vertente dos impostos indirectos, estes aliás, harmonizados, como sucede com o Imposto sobre o Valor Acrescentado, como na vertente dos impostos directos, em relação aos quais, formalmente¹⁵ não obstante a afirmação solene da soberania tributária dos Estados perante a soberania dos órgãos da União. Os próprios Tratados constitutivos, e fundamentalmente as quatro liberdades essenciais neles consagradas, a liberdade de circulação de pessoas, de mercadorias e de capitais e a liberdade de estabelecimento, são hoje uma referência incontornável na sindicabilidade das normas internas susceptíveis de violarem essas liberdades. Então, o que se pretendia aqui deixar referido, neste domínio era apenas o seguinte:

Os contribuintes podem invocar, perante os tribunais nacionais ⁽¹⁶⁾, o efeito directo das Directivas comunitárias, sempre que tenha decorrido o prazo para a sua transposição sem que o Estado membro a tenha transposto e com isso eles estejam a ter um concreto e efectivo prejuízo fiscal;

¹⁵ Dizemos formalmente, porque não existe qualquer norma de direito comunitário que imponha a harmonização dos impostos directos, mantendo-se, de resto no Tratado CE, a regra da unanimidade – política – para a aprovação de instrumentos normativos comunitários (directivas ou regulamentos) que incidam sobre matéria fiscal. Assim, por exemplo, no plano do imposto sobre as sociedades várias directas (instrumento típico de harmonização do direito entre os Estado membros) foram aprovadas, tais como a relativa a fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções (Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990) e a «Directiva mães-filhas» (Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990), e a Directiva sobre juros e royalties entre empresas associadas situadas noutros Estados membros (Directiva 2003/49/CEE do Conselho, de 3 de Junho de 2003). E no domínio do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, salienta-se a denominada Directiva da Poupança (Directiva 2003/48/CE do Conselho, de 3 de Junho) representa, porventura, a dimensão, nova, de uma fiscalidade europeia ainda que polarizada num elemento tradicional de conexão territorial, a residência do contribuinte. Com efeito, ela visa garantir, seja pelo método de retenção de imposto do país da residência no país da fonte, seja por via da troca automática de informação, que certos juros (rendimentos da poupança), são efectivamente tributados no Estado da residência do seu titular. Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, com diversos Acórdãos proferidos em matéria de tributação directo, tem exercido aquilo que a doutrina vem designando por «harmonização negativa», na medida em que, não obstante a decisão apenas valer no caso concreto, acaba por sustentar recomendações da Comissão ou, posteriormente, acções judiciais contra os países que se não acomodarem a tais decisões. Ainda recentemente a Comissão anunciou ter accionado judicialmente o Reino Unido perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias por considerar que aquele Estado, pelas disposições internas que para o efeito criou, inviabilizou, na prática, o cumprimento da decisão que aquele tribunal havia tomado a propósito da dedução de prejuízos fiscais transfronteiras no célebre caso Marks & Spencer (IP/09/1461, de 8.10.2009). Acrescem, neste domínio e em virtude da globalização económica e da internacionalização empresarial, os efeitos dominó e mimético, que explicam a aproximação natural dos sistemas fiscais e a sua cada vez maior similitude.

¹⁶ Invocação que pode provocar o denominado «reenvio prejudicial» ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Os particulares não podem recorrer directamente a este tribunal. Os seus processos são sempre intentados junto dos tribunais nacionais de cada Estado membro. São estes tribunais que, se tiverem dúvidas sobre a melhor aplicação do direito comunitário, formularão ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias as questões sobre as quais têm dúvidas, ficando depois vinculados a aplicar, no julgamento que fizerem, a resposta que aquele Tribunal lhes der. É nisto que consiste, em termos muito simples, o procedimento de «reenvio prejudicial».

Os contribuintes podem invocar, perante os tribunais nacionais, a violação, por uma norma de direito interno, das liberdades fundamentais consagradas nos tratados.

Tal invocação, ainda que feita perante os tribunais judiciais internos, pode desde logo ser conhecida por estes ou, caso tenham dúvidas, podem acionar o denominado mecanismo do reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Neste âmbito, os tribunais internos colocarão o problema ao Tribunal Comunitário que decidirão a questão como «caso julgado» para os tribunais internos que acatarão a decisão nos seus precisos termos e a assumirão como decisão interna, com todos os efeitos legais de uma sentença ou Acórdão.

GARANTIAS MATERIAIS DOS CONTRIBUINTES

Nas garantias materiais dos contribuintes integram-se direitos, de natureza diversa, dos contribuintes. Sem nos preocuparmos em ser exaustivos, elencaremos, de entre eles, os seguintes, pela sua materialidade e contextualização, nos parecerem os mais importantes⁽¹⁷⁾:

- O direito à informação;
- O direito à avaliação fiscal a pedido do contribuinte;
- O direito à fundamentação e à notificação;
- O direito à dedução, reembolso ou restituição do imposto;
- O direito a juros indemnizatórios ou a juros moratórios;
- O direito à redução de coimas;

O direito à caducidade do direito à liquidação, à prescrição da obrigação tributária; à prescrição do procedimento contra-ordenacional e do procedimento criminal;

- O direito à confidencialidade fiscal
- O direito à informação

A administração tributária é o sujeito passivo de um conjunto vasto de deveres de informação, uns genéricos¹⁸, outros concretos impostos por lei. De entre estes, a lei destaca o direito à informação, cujo conteúdo é amplo e integra o direito de o contribuinte ser informado sobre a sua concreta situação tributária, sobre a fase em que se encontra o procedimento em que ele tem interesse directo e legítimo e a data previsível para a sua conclusão, assim como sobre a existência

¹⁷ Seguiremos, aqui, de perto FREITAS PEREIRA (2009), pp. 297 e ss.

¹⁸ Por exemplo, o de publicar anualmente os códigos tributários actualizados e de manter uma base de dados com as suas instruções administrativas – cfr. artigo 59.º, n.º 3, al. b) da LGT e artigo 56.º, n.º 1 do CPPT.

e o teor das denúncias dolosas não confirmadas e a identificação do seu autor [artigo 67.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária (LGT)]. Estas informações, quando pedidas por escrito, devem ser dadas num período máximo de 10 dias (artigo 67.º, n.º 2, da LGT), embora, na verdade, nenhuma sanção esteja prevista para o incumprimento de tal prazo. Resta ao contribuinte, nestes casos, o recurso ao Tribunal, accionando o processo de *intimação para um comportamento* previsto no artigo 147.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT).

É, porém, no domínio das chamadas informações vinculativas (artigo 68.º da LGT) que o direito à informação melhor se projecta e melhor se definem as suas consequências. Desde logo porque a informação vinculativa, tal como a sua denominação indica, vincula, nos seus precisos termos e tendo em conta os pressupostos de facto em que se baseou, a administração tributária, constituindo para o contribuinte um elemento de certeza e de segurança. Tal vinculação significa que a Administração Tributária não pode, posteriormente, agir, no caso concreto, em sentido diverso da informação prestada, excepto em caso de alteração de lei ou quando actuar em cumprimento de decisão judicial. Estas informações vinculativas tanto podem versar sobre a concreta situação tributária do contribuinte como sobre os pressupostos não concretizados dos benefícios fiscais. No primeiro caso pretender-se-á que a Administração Tributária se pronuncie, vinculadamente, por exemplo, sobre o enquadramento fiscal e as consequências inerentes de uma situação de facto já verificada ou apenas hipotética. No segundo, o objecto da consulta, que por natureza terá de ser prévia, consiste em pressupostos ainda não verificados de benefícios fiscais. Ou seja, por exemplo não se poderá pretender que a administração fiscal se pronuncie, em sede de informação vinculativa, sobre se os benefícios previstos para as operações de reorganização empresarial depois de uma fusão ou cisão já se terem realizado.

O contribuinte, ou o seu representante, incluindo advogados e consultores, apresentam o pedido de informação vinculativa à Administração Tributária mediante requerimento dirigido ao Director-Geral dos Impostos, com a descrição dos factos cuja qualificação jurídica tributária se pretenda. A Administração Tributária responderá no prazo máximo de 90 dias findos os quais, e na ausência de resposta, a lei prevê que quando o contribuinte actue com base numa interpretação plausível e de boa-fé, limita a sua responsabilidade, embora apenas durante o período que medeia entre o termo do prazo para a prestação da informação e a notificação desta ao requerente, à dívida de imposto, não podendo ser-lhe exigidas coimas, juros e outros encargos legais (n.ºs 18 e 19 do artigo 68.º da LGT). Por outro lado, se a consulta versar sobre factos que possam fundamentar a aplicação de normas anti-abuso previstas nos Códigos ou outras normas tributárias, a falta de resposta no prazo legal é motivo para a sua não aplicação.

Recentemente, pela lei do Orçamento de Estado para 2009, foi consagrada a modalidade da informação vinculativa urgente, um regime que entrou em

vigor em 1 de Setembro de 2009⁽¹⁹⁾. Nesta modalidade de informação vinculativa, cujo prazo de resposta é reduzido para sessenta dias, são introduzidos dois elementos novos: em primeiro lugar, juntamente com a descrição dos factos, o pedido deve incluir uma proposta de enquadramento tributário, o qual se considerará tacitamente sancionado pela Administração Tributária se esta não responder dentro desse prazo; em segundo lugar, a prestação de informações vinculativas urgentes está sujeita a uma taxa a fixar, em 2009, entre 2.550,00 € e 10.200,00 €, em função da complexidade da matéria. Salvaguardou ainda o legislador a susceptibilidade de a informação vinculativa ser revogada com efeitos para o futuro, mas nunca antes de um ano após ter sido prestada, precedendo audiência do interessado e com salvaguarda dos direitos e interesses legítimos anteriormente constituídos (n.º 16 do artigo 68.º da LGT). Já a caducidade da informação vinculativa (n.º 15 do artigo 68.º da LGT) por caducidade dos pressupostos de facto ou de direito que lhe deram origem é uma consequência natural das alterações de facto ou legais supervenientes, que já se não projectam no caso concreto onde ela foi prestada, mas tem apenas efeitos para o futuro.

Por último, deve sublinhar-se que a lei impõe, de modo a garantir a transparência de actuação e a generalização a outros contribuintes das informações vinculativas prestadas:

A sua publicação, por meios electrónicos, no prazo de 30 dias, salvaguardando-se os elementos de natureza pessoal do contribuinte que efectuou o correspondente pedido⁽²⁰⁾;

A sua conversão em circulares administrativas (o que significa a generalização do entendimento antes sancionado com eficácia apenas nos caso em que tivesse sido proferido) quando tenha sido colocada questão de direito relevante e esta tenha sido apreciada no mesmo sentido em três pedidos de informação ou seja previsível que o venha a ser (artigo 68.º-A, n.º 3, da LGT).

O DIREITO À AVALIAÇÃO DA SITUAÇÃO FISCAL

A segurança e certeza jurídicas dos contribuintes podem não respeitar apenas ao enquadramento jurídico tributário de uma determinada situação de facto, ou seja, podem não dizer respeito, exclusivamente, a questões de interpretação e aplicação da lei fiscal. Pode, muitas vezes, o contribuinte pretender ter a mesma certeza e segurança jurídicas sobre o aspecto quantitativo

¹⁹ Artigo 110.º da Lei n.º 64.º-A/2008, de 31 de Dezembro (Orçamento de Estado 2009)

²⁰ Tem de reconhecer-se e louvar-se o esforço da Administração Fiscal para dar cumprimento a este imperativo legal, mas, ao mesmo tempo, constatar que nem todos os Serviços daquela Administração por ele obrigados o têm encarado, face às informações vinculativas tornadas públicas no portal da Direcção-Geral dos Impostos, com igual sentido de cumprimento do dever – as informações vinculativas estão disponíveis em http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/informacoes_vinculativas/.

da base de incidência de um imposto, designadamente no tocante aos impostos sobre o rendimento, quando aquela esteja sujeita a avaliação por parte da administração tributária.

É neste sentido que o CPPT consagra, no seu artigo 58.º, a possibilidade de os contribuintes que provem interesse legítimo, solicitarem avaliação, mediante o pagamento de uma taxa, de bens ou direitos que constituam a base da incidência de quaisquer tributos, a que a administração tributária ainda não tenha procedido, a qual tem efeitos vinculativos para esta por um período de três anos após se tornar definitiva.

Uma concretização especial deste princípio originou, no ordenamento tributário português, as denominadas inspecções tributárias a pedido. Estas inspecções podem ser requeridas não apenas pelo próprio contribuinte, mas também por terceiros com interesse legítimo, como está consagrado no Decreto-Lei n.º 6/99, de 8 de Janeiro, em desenvolvimento do quadro geral previsto nos artigos 47.º e 54.º, n.º 5, da LGT. Exemplificando o sentido e âmbito deste tipo de inspecções: se um empresário brasileiro pretender adquirir uma empresa portuguesa, ou uma participação relevante numa empresa portuguesa, e quiser evitar surpresas desagradáveis no tocante à situação tributária dessa unidade económicas, pode requerer à Administração Tributária Portuguesa uma inspecção tributária a essa empresa, com o âmbito e extensão que entender, designadamente em matéria de tributos e períodos temporais a abranger. Naturalmente terá que provar, no requerimento, a sua legitimidade, através do esclarecimento das relações negociais mantidas ou a manter com a empresa em causa, e invocar interesse legítimo, que consistirá, certamente, em qualquer vantagem resultante do conhecimento da exacta situação tributária do sujeito passivo. As conclusões do relatório da inspecção tributária que vier a ser elaborado, vinculam a Administração Tributária, não podendo esta proceder a novas inspecções com o mesmo objecto ou proceder a actos de liquidação respeitantes a factos tributários nela incluídos que não tenham por fundamento as conclusões desse Relatório. Este serviço prestado pela Administração Tributária ao contribuinte está também sujeito a uma taxa, a fixar entre 3.152,00 € e 34.915,00 € por cada exercício a inspecionar, em função da sua previsível complexidade, dimensão e meios a utilizar⁽²¹⁾.

O DIREITO À FUNDAMENTAÇÃO E À NOTIFICAÇÃO

Tal como se dispõe no artigo 77.º da LGT, o que mais não é, de resto, que uma decorrência do disposto no n.º 3 do artigo 268.º da Constituição Portuguesa, as decisões que digam respeito a matéria tributária devem ser sempre fundamentadas por meio de sucinta exposição das razões de facto e de direito que as motivaram, podendo essa fundamentação consistir em mera declaração

²¹ N.º 2 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 6/99, de 8 de Janeiro e Portaria n.º 923/99, de 20 de Outubro.

com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas. E deve sempre conter as disposições legais aplicáveis, a qualificação e quantificação dos factos tributários e as operações de apuramento da matéria colectável e do imposto a pagar. Por último, a decisão, mesmo que fundamentada, só é eficaz se for validamente notificada ao sujeito passivo. Além de que a notificação deve conter, para além da decisão e dos seus fundamentos, a indicação precisa dos meios de defesa e do prazo para reagir contra o acto notificado, bem como a indicação de quem o praticou e se o fez no uso de poderes próprios, poderes delegados ou poderes subdelegados. A notificação, por seu turno, deve cumprir os formalismos legais. Predominantemente é utilizada a figura da notificação por registo postal com aviso de recepção, sobretudo para os actos ou decisões que afectem a situação tributária do contribuinte ou a convocação deste para assistir ou participar em diligências. Um recente e inovador Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo Português, Secção do Contencioso Tributário, relatado pela Juíza Conselheira Isabel Marques da Silva⁽²²⁾ veio estabelecer o entendimento segundo o qual não pode ter-se como validamente efectuada uma notificação de liquidação de IRS devolvida aos Serviços da administração tributária, com o pretensu argumento de que o contribuinte não cumpriu o ónus de participação de alteração do seu domicílio, pois que a parte final do n.º 2 do artigo 43.º do CPPT, a norma que estabelece a inoponibilidade à Administração Tributária da não alteração do domicílio fiscal, ressalva o disposto quanto às citações e notificações. Por outro lado, refere o Acórdão, a presunção do n.º 2 do artigo 39.º do CPPT, norma que estabelece que as notificações efectuadas mediante registo se consideram feitas no 3.º dia útil posterior ao do registo, não se aplica caso a notificação tenha sido devolvida. E, este o aspecto inovador e que sustenta a decisão, as normas em causa têm necessariamente de ser conjugadas com a garantia constitucional do direito à notificação e à tutela jurisdicional efectiva.

Casos especiais em que a lei impõe um conteúdo mínimo muito preciso para as fundamentações são, nomeadamente, os seguintes:

Correcções fiscais motivadas pelas relações especiais entre o contribuinte e um terceiro, situação geralmente conhecida como sendo de preços de transferência (artigo 58.º do Código do IRC e n.º 3 do artigo 77.º da LGT);

Correcções fiscais motivadas pela aplicação de métodos indirectos, em situação patológica⁽²³⁾ (n.º 4 do artigo 77.º da LGT);

Levantamento do sigilo bancário para fins tributários (n.º 4 do artigo 63.º-B da LGT).

²² Recurso n.º 270/09, de 6-05-2009, in www.dgsi.pt (Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo)

²³ Em situação normal, o contribuinte com actividades profissionais ou empresariais, sendo pessoa singular e reunindo outros pressupostos, designadamente quanto ao seu volume de negócios, pode optar por ser tributado por um regime de determinação do rendimento considerado como método indirecto de avaliação e que se denomina regime simplificado de tributação – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, artigo 28.º

O DIREITO À DEDUÇÃO, REEMBOLSO OU RESTITUIÇÃO DO IMPOSTO

O direito à dedução, reembolso ou restituição do imposto está consagrado, com carácter geral, na alínea c) do n.º 1 do artigo 30.º da LGT. Cada código disciplina, depois, em termos precisos, o respectivo procedimento. Quanto se fala neste direito, não estamos, geralmente, a falar do direito à devolução do imposto indevidamente pago e cuja liquidação foi, em decisão administrativa ou sentença judicial, total ou parcialmente anulada. Estamos antes a falar em procedimentos normais de gestão do imposto, matéria em que, nos modernos sistemas fiscais, se verificou uma verdadeira mudança de paradigma, que, aliás, parece não ter sido ainda integralmente assumido tanto pelas administrações fiscais, como pela própria doutrina: a administração fiscal moderna passou a ser uma administração fiscal que recebe impostos (de cuja cobrança são encarregados terceiros, nomeadamente empresas, através dos mecanismos da repercussão – IVA -, substituição tributária – retenção na fonte -, e autoliquidação) e deixou de ser a administração fiscal antiga que cobrava impostos (na medida em que lhe cabiam todos os procedimentos administrativos – determinação da matéria colectável, liquidação, emissão de conhecimentos, débito ao tesoureiro, etc., - sem os quais, o contribuinte, mesmo que quisesse, não podia pagar o seu imposto)²⁴. Mudança que, acompanhada como foi, e bem, com a modernização tecnológica e a utilização massiva das novas tecnologias da informação ao serviço da administração tributária, necessariamente, induz, ou deveria induzir, profundas e significativas alterações funcionais e organizacionais da administração fiscal, cuja função de cobrança se reconduz agora, praticamente, à cobrança coerciva, devendo requalificar os seus recursos para tarefas de acompanhamento e apoio ao contribuinte, por um lado, e de reforço à prevenção e repressão dos comportamentos ilícitos constitutivos de fraude e evasão fiscais, por outro.

Desde logo, nos impostos sobre o rendimento, tanto no IRS, como no IRC, verifica-se, em Portugal, o fenómeno, com carácter de generalidade, do pagamento antecipado por conta do imposto devido a final, seja por via das retenções na fonte, seja por via de pagamentos por conta. Sucede, pois, que quando o contribuinte apresenta as suas declarações de rendimento, não raro não apenas tem o imposto integralmente pago, como ainda tem imposto pago em excesso. É em relação à restituição deste excesso de imposto que se fala

²⁴ Em 2008, em Portugal, mais de 95% do orçamento das receitas fiscais «a cargo» da Direcção-Geral dos Impostos foi cobrada por repercussão (IVA e outros impostos indirectos), retenção na fonte, pagamentos por conta e autoliquidação (IRS e IRC), neste último caso no próprio ano a que o imposto respeita, o que também significa, em relação ao paradigma anterior, uma antecipação de receitas de impacto financeiro não despidendo, pois o reembolso apenas ocorre no ano seguinte e, se efectuado dentro do prazo, sem qualquer encargo para o Estado - cfr. Conta Geral do Estado, 2008, disponível em <http://www.dgo.pt/cge/index.htm>.

em direito ao reembolso ou à restituição, como actividade normal de gestão tributária. A lei prescreve prazos para que o imposto nestas circunstâncias seja devolvido ao contribuinte. Se esse prazo for ultrapassado, são-lhe legal e oficiosamente devidos juros. E, mesmo assim, o Estado lucra com a situação pois geralmente tem em seu poder, por mais de seis meses, sem pagamento de qualquer remuneração, o imposto pago em excesso pelos contribuintes.

Não é diferente a situação no IVA, o primeiro imposto no plano financeiro em Portugal, imposto que, como se sabe, funciona segundo o método indirecto subtractivo: o imposto a entregar ao Estado pelos sujeitos passivos é apurado pela diferença entre o imposto liquidado nos «out-puts» e o imposto dedutível suportado nos «in-puts». Assim, desde logo, verifica-se como princípio essencial deste imposto o direito à dedução, no imposto liquidado, do imposto suportado. A jusante, se a diferença for negativa, gera-se um crédito a favor do sujeito passivo que ele pode gerir de diversas formas mas que, no limite, se resolverá numa devolução ou reembolso a favor desse mesmo sujeito passivo. E muitos contribuintes, sobretudo os que produzem exclusiva ou predominantemente para exportar⁽²⁵⁾, estão em situação de crédito de imposto, ou seja, são também titulares, perante o Estado, de um direito normal a reembolso. Este procedimento é igualmente muito específico, obedece a prazos e ainda a alguns requisitos. Mas, como se viu, a conclusão é a de que, não raro, se gera também no IVA o direito a um reembolso normal de imposto que a administração fiscal tem o dever de cumprir perante o contribuinte, como uma actividade normal de gestão.

O DIREITO JUROS INDEMNIZATÓRIOS OU A JUROS MORATÓRIOS

A lei portuguesa estabelece, a favor do contribuinte, o direito a juros, os quais ganham a denominação de indemnizatórios ou moratórios consoante as circunstâncias em que são devidos.

A regra geral é a de que os juros devidos ao contribuinte são juros indemnizatórios e equivalem aos juros compensatórios devidos ao Estado por atraso na liquidação dos impostos por facto imputável ao contribuinte (actualmente 4% ao ano), estabelecendo a lei em que circunstâncias são devidos. Para além do caso antes referido, relativo ao incumprimento do prazo de reembolso como actividade de gestão normal da administração fiscal, são também devido juros indemnizatórios quando:

²⁵ Na exportação, o IVA funciona segundo o mecanismo da denominada «taxa zero». Ou seja, numa exportação, teoricamente há uma liquidação de IVA, mas a taxa zero, de modo a não quebrar a cadeia, estruturante do imposto, do direito à dedução suportado nos in-puts que deram origem aos bens exportados. Como o resultado de qualquer multiplicação por zero é zero, sucede que uma empresa exclusivamente exportadora, teoricamente estará sempre em crédito de imposto, porquanto não pode deixar de suportar o IVA nos in-puts (matérias primas, máquinas e equipamentos, energia, etc.) que, nos termos do princípio citado, é dedutível e, por conseguinte, recuperável.

Em reclamação graciosa ou impugnação judicial se determine que houve erro imputável aos serviços de que resultou imposto a pagar em montante superior ao devido;

Tendo sido anulado imposto por iniciativa da administração fiscal passem 30 dias sem que tenha sido emitida a correspondente nota de crédito;

A revisão do acto tributário, por iniciativa do contribuinte se efectuar mais de um ano após o respectivo pedido, sem ser por facto imputável ao contribuinte.

Os juros moratórios constituem uma excepção à regra geral e são devidos quando, em resultado de sentença judicial, deva ser restituído tributo já pago, e este não seja restituído até ao termo do prazo da execução da sentença, que é de seis meses⁽²⁶⁾. Existe, porém, dissonância entre o que a doutrina preconiza quanto à taxa destes juros [que seriam, segundo a mesma doutrina, juros equivalentes aos juros moratórios que o Estado cobra nos termos do Decreto-Lei n.º 73/99, de 16 de Março, e que estão fixados em 1% por mês de calendário⁽²⁷⁾] e o que vem decidindo a mais alta jurisprudência. Com efeito, o Supremo Tribunal Administrativo vem sufragando a tese de que os juros moratórios devidos aos contribuintes se devem determinar nos termos do n.º 1 do artigo 559.º do Código Civil, o que, na prática, os coloca no patamar dos juros legais, ou seja, dos juros indemnizatórios, isto é, a 4% ao ano, o que, na verdade, não nos parece muito lógico e, muito menos, consistente⁽²⁸⁾. É que estamos aqui

²⁶ Não deixa de ser interessante notar que um certo estado das coisas, no seio da Administração, se percebe, às vezes, por pormenores que, naturalmente, não constam dos Relatórios oficiais. Uma das questões com que os contribuintes hoje se confrontam é, não raro, a de terem de socorrer-se do meio processual execução de sentença para verem uma anulação de tributo decretada judicialmente ser efectivamente concretizada. Isto, há uns anos atrás, era absolutamente inconcebível, por muito que possa custar a quem pensa o contrário. E o prazo processual para se lançar mão de tal meio é hoje apenas de 6 meses após o termos do prazo para execução espontânea pelo n.º 2 do artigo 176.º do novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Ora, no Acórdão do STA de 17-06-2009, proferido no Recurso n.º 73/09, pode ler-se, nas entrelinhas da decisão, que, em primeira instância, a Fazenda Pública não teve pejo em invocar a excepção peremptória de caducidade do direito do contribuinte se acolher ao processo de execução de sentença como única forma possível de fazer valer uma plenamente uma sentença judicial que lhe tinha sido favorável! E teve de ser o STA a determinar que, não tido o contribuinte sido notificado oficiosamente pela Secretaria do tribunal da remessa do processo ao Serviço competente para executar a sentença, não se podia o prazo para o cumprimento espontâneo da sentença ter-se sequer por iniciado, pelo que tal fundamento carecia de validade e eficácia: 3. Se o prazo de 6 meses para requerer a execução de julgado se inicia após o termo do prazo legal para a execução espontânea do decidido, existindo norma tributária que estabelece que o prazo para a execução espontânea pela Administração tributária se conta da remessa do processo ao órgão da administração tributária competente para a execução (havendo a faculdade do interessado, que não o dever, de requerer essa remessa), deve entender-se que a remessa do processo ao órgão da Administração tributária teria de ser oficiosamente notificada pela secretaria do tribunal à interessada, nos termos do n.º 2 do artigo 229.º do Código de Processo Civil, pois que o direito processual da parte à execução do julgado não depende de prazo a fixar pelo juiz nem de prévia citação, antes decorre da lei, que fixa o seu termo inicial na dependência da prática de um acto do próprio Tribunal (a remessa do processo ao serviço de finanças).

²⁷ FREITAS PEREIRA (2009), op. cit., pp. 308. CASALTA NABAIS (2009), op. cit., pp. 375.

²⁸ Entre outros, o Acórdão do Pleno de 24 de Outubro de 2007, Rec. 1095/05, o Acórdão de 2 de

perante uma situação em que a Administração é já duplamente incumpridora: por facto que lhe é imputável foi liquidado imposto superior ao devido e, por cima disso, não cumpriu o prazo que a lei lhe atribui para executar a sentença «condenatória» de anular o imposto pago em excesso. Se se aceita que, no primeiro caso, os juros sejam iguais aos devidos ao Estado quando, por facto imputável ao contribuinte, se retarda a liquidação de imposto que ao Estado é devido, não se vê por que razão, tendo em conta a simetria de posições que aqui devia prevalecer, se não hão-de atribuir aos contribuintes a quem não foi pago, no prazo devido, o crédito tributário cujo direito a sentença lhe reconheceu, os juros moratórios que o Estado cobra quando o contribuinte se atrasa no pagamento de um imposto que já é certo, líquido e exigível. Se a lei não é clara a este respeito, pois então só há uma via a prosseguir, em nome do princípio da justiça e da equidade: clarifique-se a lei.

O DIREITO À REDUÇÃO DE COIMAS

Em caso de contra-ordenação fiscal⁽²⁹⁾, o infractor tem direito à redução da coima que for devida caso assuma responsabilidade pela prática do acto previsto e punido pela norma tipificante e tome a iniciativa de regularizar a sua situação tributária. É o que resulta do disposto nos artigos 29.º e seguintes do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT). Essa redução pode situar-se entre 25% e 75% do mínimo legal, em caso de negligência. Naturalmente, o direito à redução das coimas depende, em regra, de auto-denúncia, do pagamento da coima restante em determinado prazo e da regularização da situação tributária dentro desse mesmo prazo.

Pode ainda referir-se a situação excepcional de dispensa de aplicação de coima sempre que, cumulativamente, se verificarem cumulativamente três circunstâncias: (i) a prática da infracção não ocasione prejuízo efectivo à receita tributária; (ii) estar regularizada a falta cometida; (iii) a falta revelar um grau diminuto de culpa. Poderá dar-se um caso enquadrável nesta previsão legal sempre que um contribuinte não tendo apresentado uma declaração periódica de rendimentos, porque por lei vinha estando dispensado de o fazer, também não a apresentou depois da lei ter sido modificada no sentido de tornar obrigatória a apresentação da declaração. Em qualquer caso, da apresentação da declaração não resulta imposto a pagar, porque o contribuinte auferiu rendimentos dos quais, aplicadas as regras gerais, não resulta imposto. E não menos problematizante será o caso em que se exige uma coima a um contribuinte que não entregou uma declaração de rendimentos, designadamente em IRS ou IRC, e dessa declaração, *a contrario*, vai resultar, de certo modo⁽³⁰⁾, «prejuízo

Julho de 2008, Rec. 0303/08 e o Acórdão de 14 de Julho de 2007, Rec. 0304/08.

²⁹ O regime punitivo tributário consta do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT) e prevê Crimes fiscais e Contra-ordenações fiscais.

³⁰ Sobretudo para quem considere que os impostos indevidos também são de cobrar e inscrever no orçamento como receita do Estado!

efectivo à receita tributária», sendo certo que prejuízo à receita devida nunca ocasionará, porque com a «regularização da falta», isto é, com a apresentação da declaração, tendo a ele direito por via do pagamento antecipado de imposto em excesso, o contribuinte como que exerce⁽³¹⁾ o direito ao reembolso. Numa situação como a descrita, as condições do n.º 1 do artigo 32.º do RGIT estão, parece que sem qualquer dúvida, todas cumpridas: não há prejuízo efectivo para a receita tributária, antes pelo contrário; a omissão está regularizada; e nem se pode falar em culpa, quando do acto não praticado resulta um «benefício» para quem o vai praticar.

A par desta medida, o artigo 32.º do RGIT prevê ainda uma atenuação especial da coima, no caso de o infractor reconhecer a sua responsabilidade e regularizar a situação tributária até à decisão do processo.

O direito à caducidade do direito à liquidação, à prescrição da obrigação tributária e à prescrição dos procedimentos contra-ordenacional e criminal

O tempo produz efeitos nas relações jurídicas em geral, como se colhe do disposto nos artigos 296.º a 233.º do Código Civil. As relações jurídicas tributárias não são excepção. No que respeita ao imposto propriamente dito, a lei portuguesa distingue entre o direito à liquidação e o direito à cobrança do imposto liquidado. Ao primeiro aplica-se o instituto da caducidade, ao segundo o instituto da prescrição.

O Código Civil português distingue os dois institutos, podendo-se dizer que, tendencialmente, o prazo de caducidade não se interrompe e apenas se suspende nos termos da lei. Já o prazo de prescrição tanto é susceptível de se interromper, como de se suspender. Sabemos também que o efeito da interrupção é o de, geralmente, eliminar o tempo decorrido até à interrupção, começando a contar-se novo período como se nada se tivesse passado antes. Daí a importância das normas que disciplinam, no plano tributário, estes dois institutos, tão importantes elas são para a certeza e a segurança jurídicas dos contribuintes. Não se nos afigura que a lei portuguesa sirva, actualmente, de modelo, não apenas do ponto de vista dos contribuintes, mas também do ponto de vista dos princípios gerais nestas matérias e do justo equilíbrio a que os interesses em presença aconselham, tal tem sido a apetência da Administração

³¹ E já vai sendo tempo, em nosso modesto entendimento, de expressamente se incluir na lei, em princípio na LGT, uma norma que consagre o cumprimento dos deveres formais como condição constitutiva do direito ao reembolso do imposto pago em excesso. Porque, na realidade, e fazendo apelo ao conceito jurídico tributário de liquidação, que é o acto (acto-máquina ou acto humano) de tornar certo, líquido e exigível o imposto, parece defensável, ao menos no domínio dos princípios, que se um contribuinte, a quem foram efectuadas retenções na fonte ou fez pagamentos por conta, não apresentar a sua declaração periódica de rendimentos e passar o período de caducidade sem que a administração lhe liquide o imposto, mesmo que ele não tenha apresentado a declaração, ele pode intentar uma acção de devolução do imposto que pagou, ainda que com base em enriquecimento ilícito por parte do Estado, pois este, podendo e devendo fazê-lo, não concretizou o seu direito ao crédito tributário. E temos fundadas dúvidas, face ao exposto, sobre qual seria a posição definitiva dos tribunais perante uma situação deste género.

Tributária para ter na sua total disponibilidade o completo domínio dos efeitos do tempo nas relações tributárias. São disso exemplo o n.º 5 do artigo 45.º da LGT que prescreve, numa norma que não poderemos deixar de classificar «absolutista» e que, provavelmente, é excessiva, desproporcional e releva de inadequabilidade face aos princípios de um Estado de direito, segundo o qual “5 - Sempre que o direito à liquidação respeite a factos relativamente aos quais foi instaurado inquérito criminal, o prazo a que se refere o n.º 1 é alargado até ao arquivamento ou trânsito em julgado da sentença, acrescido de um ano» e todo o artigo 48.º relativo à prescrição, em cujos termos aquela praticamente deixou de poder verificar-se, o que também não pode deixar de se considerar, no mínimo, estranho num Estado de direito. Considerando, no primeiro caso, que é no procedimento de inspecção tributária que os factos tributários devem ser apurados (e não no inquérito criminal, supomos, cujo objectivo é investigar a existência de condições objectivas e subjectivas que permitam ou não deduzir uma acusação criminal e o imposto não é nem crime, nem pena), e que o n.º 1 do artigo 46.º da LGT já previa a razoável suspensão do prazo de caducidade por um prazo máximo de seis meses, aquele n.º 5 do artigo 45.º da LGT norma é mais própria de uma «ditadura fiscal», violando todos os princípios inerentes à «boa prática fiscal» geralmente reconhecidos, do que de um Estado de direito. E, quando à segunda das normas citadas, a prescrição, se bem a interpretamos, só vai ser possível em relação a contribuintes que «não tenham por onde se lhes pegar», isto é, que não tenham haveres que respondam por dívidas fiscais. Estas acabarão por prescrever. Nos casos em que o contribuinte tenha fazenda, pois pode estar «tranquilo», que o «tempo», mesmo que ele não tenha qualquer culpa na lentidão dos procedimentos (reclamações, impugnações, oposições, recursos), deixará de lhe poder resolver o problema fiscal. E o que a estonteante sucessão de regimes nesta matéria provocou está bem patente na ininteligível e não raro contraditória jurisprudência superior que sobre a matéria vem sendo proferida e, por todos, na monografia de LOPES DE SOUSA (2008) *Sobre a Prescrição da Obrigação Tributária, Notas Práticas*.

Apenas em termos gerais, porque, sem prejuízo das observações antecedentes, não temos tempo para aprofundar, diremos que actualmente o prazo normal de caducidade é de 4 anos e o prazo de prescrição é de 8 anos. O prazo de prescrição, para além de se interromper, por exemplo, com a impugnação judicial, simultaneamente suspende-se enquanto não houver trânsito em julgado na sentença que ponha termo ao processo.

Nos procedimentos contra-ordenacional e criminal, o prazo geral de prescrição é de cinco anos a contar da prática do acto, mas também este prazo se pode interromper ou suspender nos termos definidos na lei.

O DIREITO À CONFIDENCIALIDADE FISCAL

O artigo 64.º da LGT estabelece o «sigilo fiscal», ou seja, o sigilo

profissional a que se encontram obrigados os dirigentes, funcionários e agentes da administração tributária em relação aos dados recolhidos sobre a situação tributária dos contribuintes, bem como sobre os elementos de natureza pessoal obtidos no decurso de qualquer procedimento tributário. Esta é, necessariamente, a contrapartida estabelecida pelo acervo de informações que, em matéria fiscal, fica ao dispor da administração tributária, em resultado do acesso generalizado que esta tem a informações sobre a situação patrimonial, financeira e até pessoal dos contribuintes.

E sucede que, não raro, a administração fiscal vai mais longe do que a lei lhe permite na recolha de dados relativos, principalmente, às pessoas singulares ou físicas, como os que dizem respeito aos seus números de identificação bancária, telemóveis ou e-mails pessoais que, por natureza, integram a reserva da sua privacidade. Ora, é nosso entendimento que a insistência, que vem revestindo diversas formas, para que tais dados sejam fornecidos, não fazendo parte do elenco dos elementos cadastrais do contribuinte, onde apenas é exigido, no que se refere às pessoas singulares, o fornecimento do seu domicílio fiscal⁽³²⁾, não tem base legal e que os contribuintes não lhe devem obediência, não podendo ser sancionados por qualquer forma caso os não forneçam, como não é legal qualquer privilégio ou preferência se os fornecerem. Não consideramos legal, por exemplo, que a administração fiscal dê preferência nos reembolsos de IRS aos contribuintes que indicaram o NIB na sua declaração periódica de imposto, em detrimento dos que não indicaram. A lei não estabelece a prioridade da devolução de reembolsos. Objectivamente, se os reembolsos se não processarem aleatoriamente, o único critério aceitável seria, em nosso entender, o da ordem de apresentação das declarações. Em caso algum, a preferência por um dado que, relevando da esfera da privacidade do cidadão e não tendo qualquer relação com a tributação em IRS, é fornecido por uma solicitação constante da Declaração periódica de rendimentos do imposto que, atenta a sua natureza, se deve considerar de absoluto preenchimento facultativo.

A violação do sigilo fiscal constitui crime fiscal previsto e punido no artigo 91.º do RGIT, com multa ou pena de prisão até 360 dias.

³² Não deixa, aliás, de ser merecedor de crítica o facto de a LGT não ter retomado, modernizado e sistematizado o normativo relativo ao «cadastro do contribuinte», ou seja, o quadro legal dos elementos que dessa base permanente, e que é autónoma dos impostos de que ele seja sujeito passivo, devem obrigatoriamente constar. Temos, nessa matéria, em vigor o diploma que rege o «número de contribuinte», que é da década de 70 do século passado (Decreto-Lei n.º 463/79, de 30 de Novembro, sucessivamente alterado e em grande parte revogado), quando a informática estava a centenas de anos-luz da dimensão e das potencialidades que hoje se lhe reconhecem e, de facto, possui. E a verdade é que as «fichas» de inscrição legalmente aprovadas não exigem outros dados para além do domicílio fiscal do contribuinte. O «pedido» de outros elementos de contacto, oferecendo-se vantagens e prebendas em troca, é uma espécie de publicidade enganosa e, em nosso entender, ultrapassa a fronteira do permitido à administração fiscal, ainda que esta o faça em nome de princípios, como a eficácia e a eficiência que não questionamos. Mas que não se sobrepõem ao direito à reserva, no mínimo, da sua privacidade, que o cidadão contribuinte tem constitucionalmente garantido.

Não obstante, existem algumas situações em que, legalmente, o sigilo fiscal é afastado. Assim:

O sujeito passivo pode aceder aos dados sobre a situação tributária de outros sujeitos passivos que sejam comprovadamente necessários para fundamentar reclamações, recursos ou impugnações judiciais, desde que sejam eliminados quaisquer dados que possibilitem a identificação da pessoa ou pessoas a que respeitam (Artigo 64.º, n.º 4, da LGT);

Podem ser divulgadas listas nominais de contribuintes que não tenham a sua situação fiscal regularizada (artigo 64.º, n.º 5, alínea a) da LGT);

Podem ser publicados rendimentos declarados ou apurados por categorias de rendimentos, contribuintes, sectores de actividades ou outras (sob a forma estatística) - (artigo 64.º, n.º 5, alínea b) da LGT).

Não pode deixar de sublinhar-se a enorme apetência que existe pelas bases de dados fiscais, seja por sectores públicos, seja por sectores privados. Aliás, e com frequência, se fazem propostas no sentido de que a declaração de IRS sirva para as mais diversas finalidades, que vão do acesso a cuidados de saúde ao acesso ao ensino. Ora, em regra, esquece-se que, relativamente às maiores capacidades contributivas, derivadas de rendimentos de capitais por norma sujeitos a tributações liberatórias, a declaração de IRS não é o meio adequado para as evidenciar, pela razão simples de que, legalmente, não contém tais rendimentos. Os rendimentos sujeitos a taxas liberatórias estão dispensados de declaração. Ou seja, a declaração de IRS não é um instrumento adequado para as finalidades extra-fiscais referidas, pelo que a sua utilização pode conduzir às mais repulsivas injustiças.

Existe em Portugal uma autoridade, a Comissão Nacional de Protecção de Dados, que zela para que se não possam fazer interconexões de ficheiros para além das finalidades com que foram construídos. Todavia, impõe-se uma particular atenção à não utilização para fins diferentes daqueles para que foram obtidos dos dados fiscais, sob pena de os contribuintes, perdendo confiança no seu direito à confidencialidade fiscal, obterem mais um argumento, e de peso, para se esquivarem ao cumprimento dos seus deveres fiscais.

GARANTIAS ADJECTIVO-PROCESSUAIS (GARANTIAS FORMAIS) DOS CONTRIBUINTES

As garantias adjectivo-processuais, ou garantias formais⁽³³⁾ são garantias que se traduzem meios de intervenção directa, ou indirecta, do contribuinte

³³ Todos os códigos tributários substantivos, ou seja, referidos a impostos concretos, como por exemplo o Código do IRS, o Código do IRC ou o Código do IVA, têm, na sua sistemática, inserido um Capítulo cuja epígrafe é precisamente «Garantias», referindo-se a garantias dos contribuintes. No entanto, o que nesse capítulo se encontra consagrado são as garantias formais ou processuais, ou seja, os meios de que o contribuinte pode lançar mão para atacar, ainda no plano administrativo (graciosamente), ou já no plano judicial (contenciosamente) o acto tributário.

no procedimento e no processo tributário, em defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos. Neste domínio, destacamos, pela sua importância, e uma vez mais sem preocupação de exaustividade, quatro direitos do contribuinte⁽³⁴⁾:

O direito de audição prévia;

O direito à revisão da matéria colectável fixada por métodos indirectos;

O direito de reclamação graciosa (impugnação no plano administrativo);

O direito de impugnação judicial (impugnação no plano contencioso).

O DIREITO DE AUDIÇÃO PRÉVIA

A audição ou audiência prévia é uma decorrência do «princípio da participação» do contribuinte nos actos que lhe digam respeito. Com efeito, nos termos de tal princípio, cuja génese se encontra no n.º 5 do artigo 267.º da Constituição da República Portuguesa, de onde promana o imperativo constitucional da «participação dos cidadãos nas decisões ou deliberações que lhes disserem respeito» e o legislador ordinário estabeleceu, no plano tributário, no artigo 60.º da LGT, que o contribuinte tem o direito de ser ouvido antes de ser tomada, pela Administração Tributária, uma decisão que afecte os seus interesses. Este direito ocorre nas mais diversas situações previstas na lei, designadamente:

Antes da liquidação do tributo, excepto quando a liquidação é feita com base na declaração apresentada pelo contribuinte e com base nos dados que ele declarou, como é compreensível, se a liquidação se efectuar officiosamente, com base em valores objectivos previstos na lei, desde que o contribuinte tenha sido notificado para apresentar a declaração em falta e não o tenha feito, bem como quando o contribuinte já foi ouvido no procedimento de inspecção tributária com base no qual a liquidação foi efectuada, desde que não tenham, entretanto, ocorrido quaisquer factos novos sobre os quais o contribuinte se não tenha pronunciado;

Antes do indeferimento total ou parcial dos pedidos, reclamações,

³⁴ Note-se que a administração tributária tem o dever de corrigir officiosamente os erros que ela própria pratica. Nem sempre isso, porém, acontece, e pelos mais variados motivos. O último dos quais será, queremos acreditar, por má fé. E quando isso não acontece, nasce um «direito derivado» na esfera do contribuinte que é o de ele próprio suscitar junto da Administração a correcção do erro que ele próprio praticou. Isso também constitui, de certo modo uma garantia do contribuinte, uma vez que o indeferimento, expresso ou tácito, do pedido de revisão de um acto tributário com fundamento em erro imputável aos Serviços da Administração Tributário, é ele próprio susceptível, na sequência, de impugnação judicial. FREITAS PEREIRA (2009), PP-315.

recursos ou petições. Não se justifica o direito de audiência prévia se a decisão a proferir pela Administração Tributária é totalmente favorável ao contribuinte, como também parece óbvio;

Antes da revogação de qualquer benefício ou acto administrativo em matéria fiscal;

Antes da aplicação de métodos indirectos, quando não haja lugar a relatório da inspecção;

Antes da conclusão do relatório da inspecção tributária;

Nos casos de reversão do processo de execução fiscal contra terceiros (os responsáveis subsidiários);

Nos casos de aplicação de normas anti-abuso.

Este direito é de exercício facultativo. O contribuinte pondera se, no prazo que para o efeito a Administração Tributária tem sempre de conceder-lhe, notificando-o e, conjuntamente, remetendo-lhe o projecto de decisão e a respectiva fundamentação, tem ou não interesse em exercer o direito. É que, por não ser de exercício obrigatório, o seu não exercício não configura qualquer princípio de preclusão. Ou seja, o contribuinte, mesmo não exercendo o direito de audiência prévia, não fica impedido de usar, nos termos e prazos legalmente previstos, os meios impugnatórios do acto que vier a final a ser praticado, que considerar mais adequados. Talvez por isso, temos de dizer, em abono da verdade, que, tanto quanto consta e a própria experiência nos ensina, a Administração Tributária Portuguesa é muito pouco sensível ao exercício do direito de audiência por parte do contribuinte. Mesmo quando são evidentes erros clamorosos no processo e o contribuinte os denuncia em sua defesa, a Administração Tributária limita-se, em regra, a uma frase que já corre no meio como sacramental: *ouvido em audiência prévia, o contribuinte não trouxe dados novos ao processo que alterem ou sejam susceptíveis de alterar o sentido da decisão já proposta*. E é assim que soluções legislativamente boas e desejadas, que podiam evitar muita litigiosidade a jusante, acabam por ser inócuas e encaradas, por uma parte, como mais uma formalidade inútil que tem de cumprir, tal é o «dogma» em que a «sua verdade» se transforma; e, pela outra parte, como uma espécie de jogo entre o «gato e o rato», servindo, as mais das vezes, de conduta dilatória ou de razão para mais uma factura do consultor, do contabilista ou do advogado.

Discute-se quais os efeitos da não audiência prévia. A melhor doutrina, e com ela a jurisprudência, entende que o enquadramento adequado é o que resulta da audiência prévia como um direito subjectivo legal-procedimental, pelo que a não audiência prévia do contribuinte quando legalmente deveria ter sido promovida se configura como um vício de forma da decisão final, determinante da anulabilidade do acto correspondente à decisão final. Ou, por outras palavras, a falta de audiência prévia em qualquer fase do procedimento, nunca constituiria

um acto destacável, autonomamente impugnável⁽³⁵⁾.

O DIREITO DE REVISÃO DA MATÉRIA COLECTÁVEL

Sempre que a Administração Tributária fixe ao contribuinte, por métodos indirectos, a matéria colectável, o contribuinte tem o direito de pedir a sua revisão, nos termos previstos no artigo 91.º da LGT. Obviamente este direito não existe nas situações em que se apliquem, em regra por opção do sujeito passivo⁽³⁶⁾, regimes simplificados de tributação, que são eles próprios modalidades de avaliação indirecta da matéria colectável, e em que não sejam efectuadas correcções com base em outro método indirecto.

O EXERCÍCIO DESTES DIREITOS, TAL COMO SE ENCONTRA REGULADO ACTUALMENTE⁽³⁷⁾, TEM ALGUMAS CARACTERÍSTICAS IMPORTANTES E QUE MERECEM SER SUBLINHADAS.

Em primeiro lugar, e no dizer da lei, assenta num debate contraditório, entre o perito do contribuinte e o perito da administração fiscal e visa o

³⁵ FREITAS PEREIRA (2009), pp. 317. Na jurisprudência, Acórdão do STA de 18 de Janeiro de 2006, Rec. 0901/05 e Acórdão de 26 de Novembro de 2008, Rec. 0337/07, onde expressamente se afirma: «Se não for dada, ao contribuinte, a possibilidade de exercício do direito de audiência, o acto final é anulável por padecer de vício formal».

³⁶ Por nós, entendemos que se tais regimes forem ilegalmente impostos ao contribuinte, é essa imposição, geralmente denominada de «enquadramento» que é susceptível de impugnação judicial.

³⁷ Com efeito, a fórmula actual é a sucessora de outras fórmulas que lhe foram anteriores. Em primeiro lugar, da fórmula prevista, antes da reforma dos impostos sobre o rendimento de 1989, no Código da Contribuição Industrial e no Código do Imposto Profissional (para os profissionais liberais). Aí se previam Comissões de revisão em que o contribuinte era indirectamente representado por um representante indicado pela associação representativa do sector económico, industrial ou profissional em que se integrasse. No mais, era presidida pela administração tributária que ainda tinha um vogal. Os Códigos do IRS e do IRC, na sua versão originária, criou, sem que nunca tivessem funcionado, comissões de revisão paritárias, fundadas, tanto por parte do Estado, como do contribuinte, no princípio da representação indirecta, julgando que poderiam evoluir para uma espécie de tribunais arbitrais. A Administração Tributária, consciente da perda da sua influência neste modelo, logo em 1991 criou um outro modelo, sem que tivesse eliminado o vigente o qual, na prática julgamos não ter chegado a funcionar, ripristinando o modelo da comissão da Contribuição Industrial mas agora com o contribuinte a «auto-representar-se» nessa Comissão (onde, geralmente, era «cilindrado»). Em 1997, repõe-se a representação indirecta do contribuinte, nomeando embora este o seu vogal, a fazenda pública o seu vogal e sendo a comissão presidida pelo Director de Finanças. No modelo actual, a Comissão é composta apenas por dois peritos: o perito da Fazenda Pública e o Perito do Contribuinte. Altera-se a situação do contribuinte que pode ser ele próprio perito, mas podendo fazer-se acompanhar de um assessor ou nomear um terceiro como seu perito e institui-se a figura do «perito independente» que pode intervir a pedido das «partes»: administração tributária ou contribuinte ou ambas. A comissão deve chegar a um acordo. Se não chegar, decide a Director de Finanças, em decisão fundamentada e que tenha em conta o que foi dito pelos peritos intervenientes. Como mera curiosidade pode ler-se MANUEL FAUSTINO (2003), IRS/IRC/IVA: A «Nova» Comissão de Revisão da Matéria Colectável, in IRS, de Reforma em Reforma, Áreas Editora, Vislis, Lisboa, 2003,

estabelecimento de um acordo, nos termos da lei, quanto ao valor da matéria colectável a considerar para efeitos da liquidação, que deve ser devidamente fundamentado. Obtido o acordo dos peritos, a decisão é inalterável, salvo em caso de trânsito em julgado de crime de fraude fiscal envolvendo os elementos que serviram de base à sua quantificação. Não existindo acordo, decide, em regra, o Director de Finanças, em seu prudente juízo, tendo em conta a posição de ambos os peritos.

O pedido de revisão da matéria colectável feito pelo contribuinte tem efeito suspensivo da liquidação. Isto significa que enquanto não houver acordo dos peritos ou, na falta dele, a decisão do Órgão competente da Administração Tributária, não pode ser efectuada a liquidação do tributo que estiver em causa.

Nesta Comissão pode ainda intervir um terceiro elemento, seja por iniciativa da Administração Fiscal, seja por iniciativa do contribuinte. A lei denomina-o de «perito independente». A intervenção do perito independente pode ter uma grande vantagem para o contribuinte, mesmo que ele não veja a sua posição vencedora no âmbito da Comissão e, em qualquer caso tenha de pagar os honorários desse perito (na ordem dos 3.000,00 €): é que se a posição do perito independente for, no todo ou em parte coincidente com a posição do contribuinte, a reclamação graciosa ou impugnação judicial que ele venha a deduzir contra a liquidação do imposto têm efeitos suspensivos da execução fiscal sem prestação de garantia (n.º 8 do artigo 92.º da LGT)⁽³⁸⁾, o que, no quadro dos efeitos da prestação da garantia, pode ter impacto significativo ⁽³⁹⁾.

Por último referir-se-á ainda que, não obstante a gratuidade do procedimento de revisão da matéria colectável, poderá ser aplicado um agravamento até 5% da colecta reclamada, quando se verifique cumulativamente que:

³⁸ Discordamos de FREITAS PEREIRA (2009), pp. 318, que alude a uma espécie de proporcionalidade em função da concordância dos pareceres. Salvo o devido respeito, não interpretamos assim a lei que se limita a prescrever aquele efeito nos casos em que «o parecer do perito independente seja conforme com o do perito do contribuinte e a administração resolva em sentido diferente». Onde o legislador não distingue, o intérprete não deve distinguir. A conformidade pode ser total ou parcial. O legislador não distinguiu. E no único caso em que já interviemos, embora a conformidade do parecer do perito independente com o perito do contribuinte fosse apenas parcial, o juiz atendeu a pretensão, que naturalmente a Administração Tributária tinha indeferido, de ser dispensada a garantia na execução fiscal.

³⁹ Efeitos que são directos e indirectos. Nos efeitos directos, tratando-se de uma garantia bancária, podemos incluir a sua inexplicável sujeição a imposto de selo a uma taxa, sobre o valor nominal, que em regra será de 0,6%. Sujeição que se repetirá se, mesmo que por facto não imputável ao sujeito passivo, o prazo por que tiver sido prestada, tiver de ser prorrogado, em cada prorrogação. Uma norma que previa a duração máxima da garantia, revogada e reprimada, na sua actual redacção apenas rege e é válida para o procedimento gracioso, não se aplicando ao processo judicial (cfr. artigo 181.º-A do CPPT). Nos efeitos indirectos, e não menos nocivos para a actividade económica, destacamos a contabilização do montante garantido para a denominada capacidade de endividamento do contribuinte que a presta e que, naturalmente, lhe vai dificultar, ou mesmo onerar, as suas condições de acesso ao crédito bancário.

É imputável ao contribuinte a aplicação dos métodos indirectos;

A reclamação, entenda-se, o pedido de revisão, é destituída de qualquer fundamento;

Tendo sido deduzida impugnação judicial, esta seja considerada improcedente.

A RECLAMAÇÃO GRACIOSA

A reclamação graciosa é o meio processual através do qual o contribuinte suscita a sindicabilidade, no plano administrativo, do acto tributário, visando a sua anulação total ou parcial, com fundamento em qualquer ilegalidade. O adjectivo «graciosa» indica que esta reclamação é gratuita, não tem custas, por oposição à impugnação judicial que, em princípio, tem custas judiciais quando o contribuinte decaia.

No plano dos fundamentos que podem servir de base à reclamação graciosa, a expressão «qualquer ilegalidade» deve ser entendida no seu sentido literal e amplo, incluindo a errónea qualificação e quantificação dos rendimentos, lucros, valores patrimoniais e outros factos tributários, a incompetência, a ausência, insuficiência, incongruência ou contradição na fundamentação legalmente exigida e a preterição de quaisquer formalidades legais. Se com os mesmos fundamentos for apresentada impugnação judicial, a reclamação, no estado em que estiver, é apensada ao processo de impugnação e não é decidida. Verifica-se, pois, na simultaneidade de recurso, pelo contribuinte, a meios gratuitos e a meios judiciais para dirimir a mesma questão, a prevalência dos meios judiciais.

O prazo geral para apresentação da reclamação graciosa está fixado em 120 dias a contar, também em regra, da data limite para o pagamento do imposto. A reclamação não tem, porém, efeito suspensivo da execução fiscal, excepto se, concomitantemente, for neste último processo apresentada garantia idónea. Garantia essa que, no quadro actual, caduca se a reclamação não estiver decidida no prazo de um ano (artigo 183.º-A, n.º 1, do Código de Procedimento e de Processo Tributário – CPPT).

A reclamação graciosa pretende-se seja um processo muito simples e célere (artigo 69.º do CPPT). Em geral é apresentada por escrito, mas também o pode ser oralmente, no Serviço de Finanças competente, perante funcionário habilitado, que a reduzirá a escrito. Apenas admite prova documental, aspecto que tem sido ultimamente bastante questionado, pois a não admissão de prova testemunhal, para além de eventualmente violar garantias constitucionais, torna o processo inadequado para determinados tipos de alegações.

Quando é proferida decisão de indeferimento total ou parcial da reclamação, abrem-se ao reclamante duas vias de recurso:

Ainda no plano administrativo, o reclamante pode recorrer hierarquicamente, através de recurso hierárquico, para o dirigente máximo da Administração Tributária, que será o Director-Geral dos Impostos ou o Director-Geral das Alfandegas;

Já no plano judicial, o indeferimento da reclamação abre um prazo especial de 15 dias para a interposição de uma impugnação judicial no tribunal competente.

A lei portuguesa prevê que se constitui indeferimento tácito ao fim de seis meses após a dedução da reclamação sem que haja decisão, desde que a falta dela não seja imputável ao contribuinte (artigo 106.º do CPPT em conjugação com o disposto no artigo 57.º da LGT). Do acto tácito de indeferimento cabe apenas impugnação judicial, a interpor no prazo normal de dedução deste meio impugnatório. Rege, no entanto, o princípio da decisão no ordenamento português. A formação do deferimento tácito não desobriga a Administração Tributária de decidir expressamente a reclamação (princípio da decisão). Ela apenas fica desobrigada de a decidir se o reclamante optar pela interposição da impugnação judicial, caso em que, em obediência à lei, a reclamação deve então ser junta ao processo no estado em que estiver.

De notar, por último, neste breve excurso, que do indeferimento do recurso hierárquico cabe actualmente ainda impugnação judicial, curiosamente a interpor no prazo geral deste processo, que é de 90 dias a contar da notificação de indeferimento, uma vez que, neste caso, a lei não fixa prazo especial para a respectiva interposição.

A IMPUGNAÇÃO JUDICIAL

Em conformidade com o princípio geral de que todos os actos em matéria tributária que lesem direitos ou interesses legalmente protegidos são impugnáveis ou recorríveis nos termos da lei, como se dispõe no n.º 2 do artigo 9.º da LGT, a impugnação judicial compreende, designadamente:

A impugnação dos tributos, incluindo os parafiscais e os actos de autoliquidação, retenção na fonte e pagamento por conta;

A impugnação da fixação da matéria colectável que não dê origem à liquidação de qualquer tributo (por exemplo, matéria colectável negativa);

A impugnação do indeferimento total ou parcial das reclamações gratuitas e dos recursos hierárquicos dos actos tributários;

A impugnação dos actos administrativos em matéria tributária que comportem a apreciação do acto de liquidação;

A impugnação dos actos de fixação de valores patrimoniais.

Constitui fundamento para a impugnação, como já vimos para a

reclamação graciosa, qualquer ilegalidade, incluindo a errónea qualificação e quantificação dos rendimentos, lucros, valores patrimoniais e outros factos tributários, a incompetência, a ausência, insuficiência, incongruência ou contradição na fundamentação legalmente exigida e a preterição de quaisquer formalidades legais (artigo 99.º do CPPT).

O prazo geral de dedução é, porém, de 90 dias, exceptuando-se o já referido prazo especial de 15 dias, no caso de indeferimento de reclamação graciosa. Mas o n.º 3 do artigo 102.º do CPPT estabelece ainda que a impugnação pode ser deduzida a todo o tempo se o fundamento da impugnação for a nulidade. Só que, como se sabe, na generalidade das situações as ilegalidades geram a anulabilidade do acto e não a sua nulidade (apenas geram nulidade a viciação por usurpação de poder, o acto que careça em absoluto de forma legal e o acto que ofenda o conteúdo essencial de um direito fundamental – Código do Procedimento Administrativo, artigo 133.º, n.º 2).

A impugnação judicial exige, em regra a constituição de um mandatário judicial. Exceptuam-se da obrigatoriedade de constituição de mandatário judicial as causas judiciais cujo valor não exceda o décuplo da alçada do Tribunal Tributário de 1.ª instância (n.º 1 do artigo 6.º do CPPT), valor actualmente até é susceptível de dúvidas quanto à sua determinação. Com efeito, nos termos do n.º 1 do artigo 6.º da Lei 13/2002, de 19 de Fevereiro, a alçada dos tribunais tributários de 1.ª instância é de um quarto da alçada fixada para os tribunais judiciais de 1.ª instância. Para estes, pelo artigo 24.º da Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro, foi fixada a alçada de 3.740,98 €. Donde, feitas as correspondentes contas, a alçada do Tribunal Tributário de 1.ª Instância será de 935,25 €, sendo o décuplo de 9.352,50 €. Sucede, porém que, entretanto, foi publicada e está em vigor, para algumas Comarcas, em regime experimental, a Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais).. E esta lei estabelece no n.º 1 do seu artigo 31.º que a alçada dos tribunais judiciais de 1.ª instância passa a ser de 5.000,00 €, Donde, por aplicação da mesma regra, resulta que a alçada dos tribunais tributários de 1.ª instância passa(rá) a ser de 1.250,00 e o montante da causa até à qual não é necessário constituir mandatário judicial sobre para 12.500,00 €. A questão é saber se: (i) a nova alçada é já de aplicação generalizada a todos os tribunais tributários; (ii) a nova alçada apenas se aplica aos tribunais tributários situados nas Comarcas onde a nova lei está em vigor a título experimental; ou (iii) se a nova alçada apenas se aplicará, com generalidade, quando a lei entrar definitivamente em vigor. Temos, para nós, que esta última é a hipótese de solução mais adequada. Assinale-se que a Direcção de Serviços de Justiça Tributária da DGCI, que nestas coisas até tem por salutar hábito explicitar e tornar públicos os seus entendimentos, neste caso nada disse.

A impugnação judicial deve ser apresentada em petição articulada e que cumpra os demais requisitos e formalismos legais. Recebida a petição, o Tribunal notifica a Fazenda Pública para contestar e solicitar meios adicionais de prova. Note-se porém que, ao contrário do que sucede no direito civil, a falta

de contestação ou a contestação não especificada por falta da Fazenda pública não representa, por um lado, a confissão dos factos articulados pelo impugnante e, por outro, o juiz aprecia livremente a falta de contestação especificada dos factos. O que isto em rigor significa é que, na ausência de contestação ou na falta de contestação especificada dos factos, função que cabia à Fazenda Pública, é o juiz quem faz o trabalho que não lhe pertence. Esta «desigualdade» das partes no processo judicial tributário, eivada ainda do velho princípio da presunção de legalidade de que gozam os actos tributários não é tributária de um princípio de igualdade perante o juiz, como sucede no processo civil.

Nesta forma processual são admitidos os meios gerais de prova (artigo 155.º do CPPT), seguindo-se a respectiva fase a seguir à contestação da Fazenda que, formalmente, não admite réplica. Se, porém, o impugnante entender que na contestação são alegados factos novos de que antes não teve conhecimento ou que na contestação é feito um enquadramento jurídico tributário diferente daquele que foi feito na fundamentação do acto que impugnou, pode, e em nosso entender deve, desde logo ir ao processo dizer o que entender em defesa dos seus direitos e interesses protegidos, sem prejuízo do que, seguindo-se a produção de prova, vier a poder dizer nas conclusões que antecedem a sentença.

Proferida a sentença, abre-se a fase de recurso jurisdicional. Em Portugal vigora actualmente, em direito tributário, o princípio da dupla jurisdição, sem prejuízo do recurso para o Supremo Tribunal Administrativo por oposição de julgados. Assim, se o recurso visar matéria de facto, é competente para o apreciar o tribunal de 2.ª instância, designado Tribunal Central Administrativo, existindo dois: o do Norte e o do Sul. Se o recurso versar exclusivamente matéria de direito, então é competente para o apreciar o Supremo Tribunal Administrativo, Secção do Contencioso Tributário, chamando-se-lhe o *recurso per saltum*, uma vez que se recorre logo da primeira para a última instância.

Como inicialmente referimos, pode ainda existir recurso para o Tribunal Constitucional se, tendo sido alegada inicialmente alguma inconstitucionalidade, os tribunais sobre ela se não tiverem pronunciado ou, tendo-o, o impugnante considere não ter sido dada ao caso a solução conforme com a constituição. E é também no âmbito da impugnação judicial, em qualquer das suas instâncias, que pode, sendo caso disso, verificar-se o reenvio, a título prejudicial, para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, não para que este decida o caso concreto, mas para que este interprete, de modo vinculativo para o Tribunal Português, a norma de direito europeu que estiver em causa, seja porque invocada directamente, seja porque o impugnante a considera violada por norma de direito interno, ficando o processo suspenso internamente enquanto tal decisão não for proferida. E uma vez proferida, os tribunais portugueses observá-la-ão na íntegra.

CONCLUSÃO

Terminaremos dizendo que, do ponto de vista do quadro legislativo,

Portugal tem uma rede bastante completa e aceitável de garantias dos contribuintes. Na prática, porém, muitas delas podiam funcionar muito melhor, inspirando uma significativa melhoria na relação de confiança que deve existir entre os contribuintes e a administração tributária. E um dos problemas com que mesmo agora nos debatemos é uma certa distinção, obviamente artificial, entre o poderoso sistema informático ao serviço da Administração Tributária e o funcionário que é *front office* para o contribuinte. Em geral, o funcionário remete as culpas do que corre mala para «ele», isto é, para o «sistema», como se o «sistema» fosse uma *res nullius*, um coisa de ninguém, algo que não se sabe de quem é ou quem nele manda, que faz o que faz por sua livre iniciativa sem receber ordens de ninguém... E entre o «ele», sistema, e o «eu», funcionário, nessas condições, não há ligação possível, nem qualquer assomo de empatia, muito menos de solidariedade. O contribuinte, não raro, é chutado de um lado para o outro, ninguém sabendo muito bem como e porque o manda. Mas de tudo um pouco se faz, menos assumir que o erro «dele» sistema é o «meu» erro e sou «eu» quem tem de dar uma solução concreta a quem está afectado por esse erro.

Estamos, todavia, esperançados, que esta forma de agir seja «nuvem passageira que com o vento se vai» e não constitua um vírus, para que não se propague e fique confinada ao poeticamente designado por cantinho à beira mal plantado que se chama Portugal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. Barros Lima Guerreiro, J. Silvério Dias Mateus, Leonel Corvelo de Freitas e Manuel Faustino (com a colaboração de Cristina Bicho) (2009), *Guia do Fisco*, Inforfi Comunicação, Lisboa.

ANA PAULA DOURADO (2007), *O Princípio da Legalidade Fiscal, Tipicidade, conceitos indeterminados e margem de livre apreciação*, Almedina, Coimbra.

DIOGO LEITE DE CAMPOS (1999) et alii, *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*, Vislis Editores, Lisboa.

DIOGO LEITE DE CAMPOS, (2006), *O Sistema Tributário no Estado dos Cidadãos*, Almedina, Coimbra.

J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007), *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, 4.^a edição revista, 2 Volumes, Coimbra Editora, Coimbra.

JORGE LOPES DE SOUSA (2008) *Sobre a Prescrição da Obrigação Tributária, Notas Práticas*, Almedina, Coimbra.

JOSÉ CASALTA NABAIS (2009), *Direito Fiscal*, 5.^a edição, Almedina, Coimbra.

JOSÉ LUÍS SALDANHA SANCHES (2007), *Manual de Direito Fiscal*, 3.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005), *Constituição Portuguesa, Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra.

MANUEL FAUSTINO (2003), *IRS, de Reforma em Reforma*, Áreas Editora, Lisboa.

MANUEL HENRIQUE DE FREITAS PEREIRA (2009), *Fiscalidade*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra.

VITOR FAVEIRO (2002), *O Estatuto do Contribuinte, A Pessoa do Contribuinte no Estado Social de Direito*, Coimbra Editora, Coimbra.



INSTITUIÇÕES, ESTADO & PESSOAS

*Paulo Ferreira da Cunha*¹

RESUMO

O artigo inicia com a análise das complexidades relacionais existentes entre as instituições, nelas incluída o Estado, e as pessoas. Na sequência é realizado um estudo sobre as instituições, fruto da elaboração humana e a função social que desempenham, tratando da questão da claustrofobia social e o caso especialmente problemático da constatação do bloqueio da vida institucional. Ao final é realizada uma síntese, indicando como soluções a construção da felicidade no âmbito das instituições, enquanto elemento do cosmopolitismo constitucional, por meio da plena dignidade do ser humano, e o estabelecimento de um ambiente de paz, com a finalidade de resolver a crise institucional atual.

Palavras-chave

Instituições, função social, dignidade do ser humano, crise.

ABSTRACT

The article begins with the analysis of relational complexities between the institutions, the State included in them, and people. In the sequence a study is carried out on the institutions, result of the human elaboration and the social function what they fulfill, treating the question of the social claustrophobia and the especially problematic case of the observation of the blockade of the institutional life. At the end of a synthesis is carried out, indicating as solutions the construction of the happiness in the scope of the institutions, while element of constitutional cosmopolitanism, through the full dignity of the human being, and the establishment of a peaceful environment, in order to resolve the current institutional crisis.

Key-words

Institutions, social function, dignity of the human being, crisis.

« A propósito de todos estes entes (públicos, privados e mistos, gravitando em diversas constelações), muito se fala em Estados dentro do Estado ou em novos, inquietos e potentes 'feudos', cuja rebeldia se arrisca a pôr em causa a unidade das repúblicas ou pô-las ao serviço de castas burocráticas e de interesses particulares. »

Manuel de Lucena²

¹ Professor Catedrático e Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professor Associado ao Departamento de Direito e Justiça da Univ. Laurentian, Canadá. Professor Catedrático Convidado de Estudos Brasileiros na Universidade Lusófona do Porto. Doutor em Direito das Universidades de Paris II e Coimbra. Agregado em Direito. Ciências Jurídicas Públicas.

² LUCENA, Manuel de — O Estado da Revolução. A Constituição de 1976, Lisboa, Sojornal,

COMPLEXIDADES RELACIONAIS

1. ESTADO E PESSOA

A ligação das pessoas com as instituições é, ao contrário do que possa parecer (e do que por vezes parece querer-se inculcar), assaz misteriosa.

Muito se proclama, de forma algo asséptica e sobretudo acrítica, que as instituições são feitas de pessoas (e, em princípio, em sua intenção : « para elas »). Curiosamente, porém, muitos “institucionalistas” parece não acharem isto. Embora haja múltiplos tipos de “institucionalistas”³ e “neoinstitucionalistas”⁴... Existem ainda, como se sabe, além destes, vários autores que detectam problemas, deficiências e quicá mesmo mistificações na versão idílica da ligação entre pessoas e instituições. Já Hans Kelsen observara, para o próprio Estado, que essa relação entre o uno institucional e o múltiplo individual levanta inúmeras interrogações: “De même que toutes les autres formations sociales, l’État, qui en est la plus importante, est l’unité spécifique d’une multiplicité d’individus, ou du moins, d’actes individuels. Et en son fond ultime, la question de l’essence de l’État porte sur la nature de cette unité. C’est le problème suivant : de quelle manière, selon quel critère, cette multiplicité d’actes individuels se noue-t-elle en une unité supérieure, ainsi qu’on l’admet couramment ? Comment les éléments singuliers qui composent l’État: les individus ou leurs actes, se lient-ils pour constituer un tout supra-individuel?”⁵.

2. ESTADO E POVO

A conexão entre Estado e Povo (que não pode deixar de ser um conjunto de Pessoas) também foi antes de mais desmascarada, contra a rotina psitacista de tantos manuais, pelo martelo crítico de Nietzsche, afirmando, num passo citado, aliás, por Kelsen, num outro estudo⁶: “Staat heisst das kälteste aller kalten Ungeheuer. Kalt lügt es auch; und diese Lüge kriecht aus seinem Munde: “Ich,

Edições Jornal Expresso, 1978, p. 37.

³ Muito acessível está a síntese de PEREIRA DE ARAÚJO, Alan — Institucionalismo e efetividade jurídica, consultado in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2325> <http://www.scielo.br/pdf/ln/n58/a10n58.pdf> (12 de Abril de 2009).

⁴ HALL, Peter A. / TAYLOR, Rosemary C. R. — As Três Versões do Neo-Institucionalismo, in “Lua Nova”, n.º 58, 2003, p. 193 ss. – consultado in <http://www.scielo.br/pdf/ln/n58/a10n58.pdf> (12 de Abril de 2009).

⁵ KELSEN, Hans — La notion d’Etat et la psychologie sociale. A propos de la théorie freudienne des foules, trad. de J.-L. Schlegel, consultado in http://documents.irevues.inist.fr/bitstream/2042/15686/1/HERMES_1988_2_134.pdf (7 de Abril de 2009).

⁶ Idem — Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tubinga, Mohr, 1929.

der Staat, bin das Volk."⁷.

Parece haver já uma certa "institucionalização" e até "mistificação" na própria apresentação da ideia de "Povo" em muitos estudos tradicionais. Mesmo um Leonardo Coimbra não deixará de entrar nessa retórica, embora, assim chamando a atenção para os aspectos misteriosos (inegáveis) da ideia de Povo, contribua para enfatizar um traço insofismável de uma objectiva consideração do problema, que não pode ser visto de forma abstracta e geométrica: é que o Povo não pode limitar-se, realmente, a um agregado ocasional de indivíduos. Assim coloca a questão o filósofo português, com a sua proverbial oratória, em termos gerais (a citação completa seria muito longa): "Muito se fala no Povo e com uma assombrosa desatenção para o que o conceito significa e contém. Parece até supor-se que o Povo é um grupo de homens, cada um com o seu nome, as suas qualidades e habilitações, grupo bem delimitado e definido, onde as possibilidades e as virtudes podem ser numeradas. É uma aritmética social, que só revela a dificuldade da maior parte dos espíritos compreenderem a continuidade e o dinamismo, vendo só o que é discreto e estático. Ora o Povo, senhor presidente, não é nada disso. O Povo é tanto o que há de criador e misterioso na vida social que eu posso perguntar à Câmara, se, quando Durckheim nos diz que Deus não é mais que a hipóstase da consciência social, não é o próprio povo que é divinizado. (...) O Povo é a terra boa, fecunda e generosa, onde a árvore da vida social vai buscar a secreta substância das suas mais altas florescências."⁸

Mas como encontrar o ponto de equilíbrio lúcido, entre a mistificação das cortinas de fumo do inefável e a simples estatística demográfica, que então, essa, nada prova quanto a esse alegado "elemento do Estado"? Não é fácil. E por isso o laconismo de tantos que referem esse tópico.

A consideração do elemento puramente demográfico leva alguns autores a considerar como elemento do Estado não o "Povo" ou a "Nação", mas, muito mais prosaicamente (ou "objectivamente" não noutra visão das coisas), a "população". E contudo (há coisas que voltam "a galope"), quando fala de "população" um Darcy Azambuja não deixará de como que "populizar" ou dar colorido de "nação" a esse agregado, nomeadamente explicando: "Grande ou pequena, no entanto, a população do Estado não é a simples justaposição de indivíduos. Estes pertencem a várias associações, como a família, os grupos profissionais, etc. Formam um todo orgânico, têm os seus interesses e as suas actividades enquadradas dentro de sociedades de naturezas diversas, não se encontram isolados, singularizados diante do Estado. Indivíduo e sociedade são termos de um binómio indestrutível: não é possível conceber um sem o outro"⁹.

⁷ NIETZSCHE, Friedrich — Also sprach Zarathustra. Ein Buch für Alle und Keinen, I., "Vom neuen Götzen", p. 27.

⁸ COIMBRA, Leonardo — "A Questão Universitária", in Obras de..., selecção, coordenação e revisão pelo Professor Sant'Anna Dionísio, Porto, Lello, 1983, vol. I, pp. 625-626.

⁹ AZAMBUJA, Darcy — Teoria Geral do Estado, 4.^a ed. revista e ampliada, São Paulo, Editora Globo, 2008, pp. 35-36

Assim se vê que, por vezes, a "fuga para a demografia" (ou outra tentativa de dar maior inocuidade) na consideração dos elementos do Estado realmente faz sair pela porta o que depois irá entrar pela janela. Nomeadamente esse obscuro laço de solidariedade profunda, em alguns autores até mística, entre o poder (e o aparelho do poder) e os seus "destinatários" últimos...

Nas relações entre Estado e Povo, e quiçá mais ainda nas relações entre Estado e população, não é só o indivíduo (expressão que ressalta em muitos discursos com conotação negativa) que fica na sombra. Parece-nos ser a própria Pessoa. Não é fácil por um lado endeusar a máquina (ainda que mistificada) do Estado, e, por outro, cantar hinos à irrepetibilidade do rosto de cada um (retomando ou não, com convicção ou por decoração, o legado filosófico de Levinas). E curiosamente não é tão raro assim que no mesmo teorizador ou no mesmo divulgador convivam a mais tranquila veneração do deus-Estado e o mais poético discurso em prol de uma pessoa idealizada não obviamente sem grande discurso dos direitos reais, efectivos, da Pessoa, e muito menos dos seus direitos de autonomia radical, e os que os permitem e sustentam materialmente, os direitos sociais nas suas diferentes dimensões.

Como sabemos, quer nos discursos sobre a instituição, e designadamente sobre a magna instituição do nosso tempo, o Estado, quer nos discursos sobre a Pessoa, o que mais avulta é o discurso legitimador puramente idealista, e cuja aplicação prática é remota, e o sentido, normalmente, mistificador. Provavelmente a função mais evidente deste tipo de discursos é de solidificação social, de demonstração da solidez da construção social e política, etc. Ou seja, trata-se de uma função integradora. Realmente, o jovem estudante de Teoria do Estado, de Ciência Política, ou de Direito Constitucional que não traga consigo nenhum *parti pris*, não deixará certamente de ficar impressionado com a magnitude e a bondade desses dois super-conceitos: o Estado na sua ofuscante dimensão, na sua relação com povo (população?), território e poder político, outros tantos raios da sua coruscante realidade, e a Pessoa, com toda a subtilidade da sua teorização e proximidade do seu conceito: afinal, todos somos as tais irrepetíveis pessoas, de rosto humano...

Porém, esta poderosa máquina aculturadora (e desde logo dos futuros produtores ou reprodutores de sentidos, os futuros juristas, politólogos, etc.), se funciona menos mal no Ocidente (funciona até razoavelmente bem, com eficiência no imaginário não apesar do contra-vapor anti-estadualista fátuo de algum neoliberalismo que, na verdade, jamais passaria sem Estado), já nos países do Terceiro Mundo (e muito em especial em África, onde o Estado, em muitos casos, é um sonho que se não conseguiu ainda verdadeiramente cumprir) a situação se revela mais complicada. Aí está sempre latente a possibilidade de emergência não do indivíduo ou da pessoa, mas de instituições de índole étnica ou afins, na verdade potencialmente concorrentes da organização estadual. E então verificamos que, com todos os seus defeitos, é contudo no âmbito de uma organização estadual (ou numa Pólis ou República, etc.) que podem melhor, apesar de tudo, florescer

as instituições republicanas ("formas de identidade baseadas no civismo" não uma interessante formulação). Tchernó Djalo, não deixando de o ponderar, aponta para uma compatibilização: "O declínio da autoridade do Estado conduz ao declínio de formas de identidade baseadas no civismo. A desorganização do Estado e o declínio da sua autoridade cedem o lugar à sociedade civil que por vezes é composta por uma variedade de organizações, incluindo as de base étnica.

Todavia, é importante sublinhar que é possível fazer coexistir uma identidade cívica com uma identidade étnica, desde o momento que não se engaja em actividades de carácter étnico intolerantes e destruidoras"¹⁰.

São, de facto, problemas diversos, os que o Estado enfrenta, nas diferentes latitudes. E se no Ocidente se ouvia até há pouco o clamar virulentamente contra o Estado, ao mesmo tempo outros países, noutras latitudes, suspiravam pela organização e racionalidade estaduais... Portugal corre sempre o risco de chegar tarde de mais: e por aqui ainda há antiestadualismo frenético... fora de tempo já.

3. PESSOA, ANTROPOLOGIA E FAMÍLIA

Voltemos à Pessoa. A ideia de Pessoa não anda isolada. Aliás, muito se recorda que a palavra deriva da sociabilíssima "Persona", máscara no teatro grego (embora haja quem proponha outras etimologias). Pessoa implica sociabilidade, papel social, interacção, etc. Portanto, também muito se diz também que as pessoas, isoladas, sem as instituições – e desde logo sem a célula institucional mais elementar, a família – de pouco valem, pouco chegariam mesmo a sobreviver. A ideia de que o Homem é um animal institucional está presente nas abordagens antropológicas até do Direito, tendo tido em Portugal como principal e brilhante arauto o malgrado jurisfilósofo João Baptista Machado, que desde logo expôs tal tese no seu Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, manual que formou algumas gerações de jovens juristas¹¹. Pelo menos, foi livro adoptado, e continua a sê-lo em algumas universidades.

4 A PESSOA E AS INSTITUIÇÕES: SATISFAÇÃO, INSATISFAÇÃO, ATITUDES

4.1. Mudança radical ou reforma das Instituições?

Contudo, não se pode tratar de uma relação teórica simples. Desde logo, porque as concretas formas de diálogo entre os sujeitos e as instituições são diversificadas. Há-as que acarinham os indivíduos, e por isso é natural que estes lhes devolvam o sentimento. Mas quando ocorre apenas frieza, indiferença, ou até notória e dolorosa hostilidade? Porque muitas são as

¹⁰ DJALO, Tchernó — Da Identidade à Etnicidade, in "Africanologia", 2009, n.º 1, p. 217.

¹¹ BAPTISTA MACHADO, João — Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, reimp., Coimbra, Almedina, 1985.

variantes possíveis, e efectivas...

Será pela má experiência institucional pessoal que indivíduos das mais diversas correntes ideológicas comungam da ideia extremista de que (para citar Alain – que a critica) “(...) il faudrait changer beaucoup les institutions et même les hommes, si l’on voulait un état politique passable”¹² ?

Mas, então como explicar que também instituições, como partidos, e para mais partidos entre si adversos, comunguem nessa crença?

Se a teoria do Estado, e a pomposa e académica Teoria Geral do Estado tratam o Povo como uma entidade abstracta, não pensando nos diversos componentes pessoais dessa massa em muitos sentidos mitificada, a verdade é que há impactos psicológicos de monta a ter em consideração na relação social-individual, e institucional-individual (e, obvimente, na relação Estado-pessoa concreta). Para só dar um exemplo muito evidente, como afirma Andrew Samuels : « Viver em um sistema económico injusto tem um efeito psicologicamente debilitador em todos nós, levando à ansiedade generalizada sobre nosso bem-estar. A instabilidade económica instaura um efeito emocional maciçamente negativo que afeta todos »¹³

4.2. Patriotismo e Investimento Institucional Incondicional

Evidentemente que existe um outro tipo de instituições, como o Estado em geral, e, mais ainda, o Estado-Nação (e sobretudo o Estado quando se confunde com a Nação) em que muitos cidadãos investem seriamente emoções e vida, em muitos casos independentemente do carinho concreto que essa magna instituição, com figura paternal (Pátria) ou maternal (Mátria) efectivamente por eles nutra. A célebre frase de John F. Kennedy não é assim tão estranha, ou original: “Ask not what your country can do for you – ask what you can do for your country”. Com efeito, muitos fazem normalmente o que podem pelos seus Estados / Nações. Isso significa que ainda há cidadãos, e não só indivíduos. Recordando as palavras de Billaud Varenne, « Em todo o Estado civilizado, o primeiro matiz que se aprecia é a distinção entre duas classes de homens : os cidadãos e os indivíduos. Os cidadãos são aqueles que, compenetrados dos seus deveres sociais, tudo subordinam ao interesse público... Os indivíduos, pelo contrário, são aqueles que ((...))) atendem mais ao seu benefício particular que a trabalhar pelo bem público »¹⁴.

Há que distinguir com precisão o que é um cidadão dedicado e digno,

¹² ALAIN — Politique, Paris, PUF, 1962, p. 177.

¹³ SAMUELS, Andrew — Politics on the Couch : Citizenship and the Internal Life, Londrfes, Profile Books, 2001, trad. port. de Felipe José Lindoso, A Política no Divã. Cidadania e Vida interior, São Paulo, Summus Editorial, 2002, p. 167.

¹⁴ VARENNE, Billaud — Sur la théorie du gouvernement démocratique, discurso parlamentar de 20 de Abril de 1794, in « Archives parlementaires », vol. LXXXIX, trad. nossa, a partir da trad. de Ramón MAÍZ — A Idea de Nación, Vigo, Edicións Xerais de Galicia, 1997, p. 95.

do que possa ser um « robot » amestrado. Se o marginal, o criminoso, o parasita, não são cidadãos, também o não são o vassalo, o laçao, o súbdito, o cliente... Mesmo não é cidadão o habitante passivo de um país. Desde logo, o absentista nas eleições... É muito pouco pedir um voto de tempos a tempos. E não há álibi com os maus candidatos, a corrupção, os maus governos, etc. Há sempre possíveis votos de protesto. Quem não vota não é verdadeiramente cidadão. Não mostra sê-lo, pelo menos.

4.3. A Incompatibilidade Pessoal / Institucional. Os Exílios

Há casos, evidentemente, em que as pátrias / mátrias se tornaram madrastras. E por isso os indivíduos que o podem fazer se exilam (no seu interior – como no Vale de Lobos, de Alexandre Herculano¹⁵ – ou no exterior). E os exilados do exterior por vezes até proíbem que os seus restos mortais aí voltem: quem não se recorda das palavras de Cipião Africano: *Ingrata patria, ne ossa quidem mea habebis*¹⁶? Em muito casos é uma rebelação contra um regime ou os governantes do momento. Mas pode ocorrer, no limite (embora raramente) uma visceral incompatibilidade. Certamente motivada, em muitos casos, por se achar que a verdadeira pátria / mátria se corrompeu, desvirtuou, entrou em decadência irreversível, ou já não mais pode ser o que era. No limite, quando se acha que o próprio país “morreu”.

Seja como for, nunca se lamentarão suficientemente os exilados verdadeiros. Não é necessário evocar de novo o exílio de Dante. Fiquemos com mais recentes palavras, da autoria de Anna Akhmátova:

“Para mim, o exilado é digno de dó,
como quem está preso ou quem está doente.
Sombria é a tua estrada, peregrino,
Vermes infestam o teu pão estrangeiro.”¹⁷

Falava uma exilada do interior sobre os exilados do exterior, afinal. Nem só de dó é digno o exilado. Dó é algo que incomoda o exilado, cremos. Mais seria de admiração. Sair é sempre muito mais difícil que, de algum modo, acomodar-se, ficando. Sobretudo de uma Pátria.

Mas não nos iludamos : o exilado do interior (se verdadeiramente exilado) não é menos trágico que o do exterior (porque o exilado do interior não é o acomodado, muito pelo contrário). Simplesmente é menos visível...

¹⁵ Sobre o Vale de Lobos de Herculano, uma das raras referências em livro jurídico é a de ALMEIDA, Aníbal — Estudos de Direito Fiscal, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 1999, p. 48, n. 3.

¹⁶ VALÉRIO MÁXIMO — Facta et Dicta Memorabilia, 5. 3. 2.

¹⁷ AKHMÁTOVA, Anna — “Não estou com aqueles que abandonaram a terra (...)”, in Antologia Poética, seleção, tradução do russo, apresentação e notas de Lauro Machado Coelho, Porto Alegre, L&PM, 2009, p. 78.

As páginas de Alexandre O'Neill sobre o tema, sendo sintéticas, revelam-se magistrais, e devem meditar-se. Citemos apenas um par de trechos.

Antes de mais, recortando a categoria e as suas motivações, afirma :

« (...) escolheram o exílio interior como meio de preservarem a sua integridade face a uma sociedade indiferente ou hostil à participação que, em condições normais, na vida pública eles poderiam ter para enriquecimento das diferenças que tornam vivo e actuante qualquer grupo humano. (...) é um voluntário isolamento, uma deliberada vontade de não participação na vida social, pelo menos nas suas formas superiores (...) »¹⁸

E eis algumas características desse exílio, e da fibra que exige de quem a ele se remeta :

« (...) pressupõe um corte total com os meandros por onde se movimentam os chamados carreiristas, sempre prontos à transigência. (...) O exílio interior pede uma grande força de ânimo (e um nojo não menor), a alimentação constante de um ideal, um amor sem limites à verdade, o afrontar corajoso de uma envolvente solidão, um elevado espírito de sacrifício ».¹⁹

Em contrapartida, o exilado vê mais claramente, porque vê à distância, em perspectiva : « seuls les exiliés comprennent vraiment à quelle nation ils prennent part »²⁰. Cidadãos de uma Pátria maior, os poetas seriam mesmo exilados por natureza, como afirma Brodsky :

« Perhaps exile is the natural condition of the poet. I feel a kind of great privilege in the coincidence of my existential condition and my occupation »²¹.

5. ORDEM E INSTITUIÇÕES

Sem os exageros de alguns puristas e inadaptados, a verdade é que as nossas sociedades hodiernas andam disfuncionais, já com alguns elementos anómicos. E geram assim uma mania da ordem, como se ordem fosse um fim em si, e como se essa ideia fixa não fosse já sinal de desordem profunda, logo, de doença do tecido social.

Aplicada às relações sociais e às relações laborais em especial, essa fixação

¹⁸ O'NEIL, Alexandre — « O Exílio Interior », in Uma Coisa em Forma de Assim, Lisboa, Assírio & Alvim, 2004, p. 66.

¹⁹ Idem, Ibidem, p. 67.

²⁰ DEBRAY, Régis — À l'ère des people, je parle du peuple, entrevista a Alexis Lacroix, in "Le Magazine Littéraire", Julho-Agosto de 2009, n.º 488, p. 98.

²¹ BUTTAFAVA, Giovanni — "Interview with Joseph Brodsky," L'Espresso 6 (December 1987), pp. 156-57, citado por David Patterson, "From Exile to Affirmation: The Poetry of Joseph Brodsky," Studies in 20th Century Literature 17. 2 (Summer 1993), p. 365, recolhido in http://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/2027.42/60800/1/olsonjl_1.pdf

pode fazer precisamente esquecer o que poderia propiciar precisamente a ordem, ou seja: a justiça. Fernando Pessoa tem páginas brilhantes sobre essa matéria, de que nos permitimos citar um curto excerto: “A ordem é nas sociedades o que a saúde é no indivíduo. Não é uma cousa: é um estado. Resulta do bom funcionamento do organismo, não é esse bom funcionamento. Na sociedade (...) quando aparece a desordem, a sociedade sã procura logo não manter a ordem, que pode ser provisória ou aparente, mas atacar o mal que produziu a desordem. A exclusiva preocupação da ordem é um morfinismo social”²².

Evidentemente que a tentativa de repor ordem artificialmente só resultará em ignorar as pessoas, impondo-lhes situações que só contribuem, ao nível das águas profundas do social, e das mais profundas ainda do imaginário, para perturbar ainda mais a ordem. Só nomos é ordem; a taxis é sempre uma ordem perigosa²³. E a maior prudência tem de acompanhar as soluções que não sigam o que parece ser a “ordem natural das coisas” – por muito que esta expressão possa ter ocultado, e possa abrigar ainda, discursos legitimadores... O que, obviamente, nada tem de conformismo com a desordem instituída, desde logo a económica²⁴.

A questão da ordem em Direito desde logo nos remete para a terrível teoria do Law and order (completamente ultrapassada no terreno penal e criminológico, mas que ainda cativa políticos hiper-conservadores e os seus eleitorados medrosos das ondas criminais que a comunicação social sensacionalista agiganta). Trata-se de um reforço da segurança e da repressão, que tem na ideia de “tolerância zero” um dos seus cumes, e que não deixará de estar na gênese do securitarismo.

Com toda uma outra dimensão e altura, desde logo teórica, está a ideia de ordenamento jurídico, que, como se sabe, começa com grande proximidade, como não poderia deixar de ser, com a teorização da instituição (como em Santi Romano, em 1917), e se prolonga, de forma mais crítica (numa articulação norma – ordenamento) com Bobbio. Mas mesmo em Bobbio a ideia de ordenamento não deixa de remeter para uma perspectiva algo construtivista (de taxis) do mundo jurídico, que no final das suas considerações preliminares sobre o problema conclui: “Todo o ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente (se não efetivamente) sistemático, pretende também ser completo.”²⁵

Mas, como é óbvio, uma coisa é a própria plenitude do sistema jurídico, e

²² PESSOA, Fernando — *O Preconceito da Ordem*, Lisboa, Guimarães Editores, 2009, pp. 12-13.

²³ Sobre *nomos* e *taxis*, desde logo, embora a ler cautelosamente, HAYEK, F. A. — *Droit, législation et liberté. I – Règles et ordre*, trad. fr., Paris, PUF, 1973.

²⁴ Uma crítica recente a esta visão « naturalista », designadamente de pendor neoliberal, in BARATA-MOURA, José — *Em torno do Manifesto*, in “Vértice”, II série, n.º 139, Março-Abril 2008, pp. 15-16, n. 56.

²⁵ BOBBIO, Norberto — *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, 1982, trad. port. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10.ª ed., reimp., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2006, p. 35.

outra a artificialidade de uma ordem, mesmo que seja a mão dura da lei, ainda com boas intenções anti-criminosas.

II

1. INSTITUIÇÕES E FUNÇÃO SOCIAL

INSTITUIÇÕES PARA E PELAS PESSOAS

As instituições foram, na verdade, feitas para os homens (ou assim deveria suceder ; e se assim não tiver sido, assim deve passar a ser). Quantas vezes se esquece isto! Quando um militar morre na reforma, ou um padre, ou um juiz – será que gostariam mesmo de paradas, salvas de tiros, discursos fúnebres, e sobretudo, será que gostariam de seguir para a tumba fardados? Talvez nas suas últimas vontades esse seja o seu último segredo. Muitos tiveram que vestir a pele até à morte. Mas continuar a vesti-la depois de mortos?... Outros, genuinamente, não seriam nada sem a farda. A máscara já se lhes colara à face há muito tempo.

Não valerá como testamento. Mas jamais pessoalmente perdoaríamos do Além a quem nos quisesse cremar (queremos ser cremado) com as vestes oficiais da profissão que tivermos à hora da morte (ou outra, que possamos ter tido antes...). E muito menos com o « hábito » curiosamente dito talar. Que desperdício!... Além disso, tememos que este tipo de pompas fúnebres seja motivo de glória mundana para alguns dos que ficam, e mais uma oportunidade para vestirem as suas fardas domingueiras.

As instituições foram feitas para os Homens, mas muitas vezes só para alguns (as mais das vezes), certas vezes para mesmo muito poucos, e em muitas vezes ainda erram o alvo para que foram criadas. Em muitos casos, os homens também não entendem o seu sentido. Endeusam-nas, e são delas servos, acabando por fazê-las funcionar em nome de uma abstracção. Noutros casos, essa mitificação institucional e o pretensio serviço à instituição não é senão uma capa para proveito próprio – ou, talvez pior ainda, para falso proveito. Porque muitas vezes os aproveitadores das instituições nem isso sabem fazer: caindo frequentemente no mesmo ardil que armam para os outros.

2. SOCIALIDADE DAS INSTITUIÇÕES

Isto tudo reforça a ideia de que as instituições são obra dos Homens, como se repete e é óbvio, mas deveria ser apresentado com um matiz: obra de alguns Homens em concreto.

Essa ligação com os Homens não ganha nada em ser privatizada e

pessoalizada. Uma instituição, mesmo muito privada, tem que ter sempre um fim público.

O casamento é um exemplo, embora nem sempre estejamos sensibilizados para o admitir. É apenas pelo fim social (na verdade trans-social até : de comunhão amorosa) que deve (ou não : se o não servir convenientemente) existir a instituição civil do casamento (recordamos um Wolfgang Heilmann, a propósito da dicotomia comunhão / instituição²⁶). Como é por fim social religioso (melhor : de um aspecto da comunhão religiosa, ao nível familiar) que deve (ou não, por equivalentes razões, *mutatis mutandis*) haver a instituição religiosa do matrimónio. Se as respectivas autoridades, baseadas nos estudos dos respectivos especialistas, chegassem, por absurdo, à conclusão de que essa sociedade monádica (de mónada dual) não era socialmente benéfica, quer para a comunidade política, quer para a comunidade eclesial, certamente, a menos que sacrificassem ao dogma da pura tradição e conservação, aboliriam, reformariam ou substituiriam a dita instituição.

Ora em instituições mais vastas assim é, por maioria de razão.

Uma instituição que não sirva um propósito social (ou de alguma comunhão ou comunidade) não tem sentido. A sociedade tem de servir a comunidade. Para servir propósitos pessoais já existe a pessoa, e, no plano jurídico, a sua personalidade jurídica. Por isso, temos as maiores dúvidas sobre a legitimidade das sociedades unipessoais. Mas talvez se compreenda, como que simetricamente, ao lado dessas outras, também pouco pessoais, as “anónimas”. Todas, evidentemente, são produto do paradigma jurídico subjectivo que é, em grande medida, o paradigma jurídico capitalista – desde o seu nascimento, por meados do séc. XIV²⁷. Onde, como é patente, prevalece a ideologia voluntarista, empreendedora e ágil da classe então nascente e depois triunfante, a burguesia.

Mas sem uma finalidade mais geral, social, as instituições, as próprias pessoas colectivas, os “entes morais”, as “corporações” não teriam sentido. Evidentemente que, como o têm, generalizadamente, é difícil fazer a contra-prova. Até um modestíssimo clube, além da finalidade de entretenimento, lazer, desporto e/ou cultura dos seus associados tem efeitos sociais reflexos que o legitimam.

3. CLAUSTROFOBIA INSTITUCIONAL

Por outro lado, esta última tese tem outras implicações. É que se

²⁶ HEILMANN, Wolfgang Albert — *Patriotismo Europeu entre Cosmopolitismo e Nacionalismo*, in « Ariana », Porto, Rés, n.º 1, Março 1982, p. 32 ss.

²⁷ VILLEY, Michel — *La Formation de la pensée juridique moderne*, nova ed., Paris, Montchrestien, 1975 nova ed., Paris, P.U.F., 2003, p. 217 ss.

a função primacial e justificativa de uma instituição é virada para fora, para o social externo, não é menos verdade que há em cada instituição um microcosmos social, na sua vertente interna. E que o seu primeiro dever deveria ser o curar da boa interação entre os seus membros. Uma instituição em que os seus membros se sintam mal, ou pelo menos alguns deles (não é pelo número mas pela qualidade dos membros e da insatisfação que tal se deve avaliar), está mal governada. Ou esse ou esses membro(s) está(ão) a mais.

A verdade, também, é que quem estiver mal numa instituição (ou considerar que ela não está bem, independentemente da sua situação pessoal) deve lutar por melhorá-la, e, se não conseguir (há instituição insusceptíveis de regeneração: é a infeliz verdade – sobretudo para os que nelas não detêm o poder, e este é, na maior parte dos casos, fruto da propriedade, pura e simplesmente), deverá então dela sair. Eventualmente mudar-se, fundar instituição nova, etc. Ou remeter-se, no limite, a um isolamento mais ou menos ascético...

Mudar de clube desportivo, de banda filarmónica, de academia gastronómica, de partido, até, mesmo de religião, não será, afinal de contas, para a maioria das pessoas, pelo menos, assim tão complicado. Pode redundar, sobretudo nestes dois últimos casos, em dramas existenciais, ou, mais plausivelmente, ser resultado deles. Mas uma vez conciliado (reconciliado), pela mudança, cada qual com a sua consciência, não haverá problema de maior. A emancipação é potenciada pelos gestos de consciência. E não se passa nada de especial. Sobretudo se se vive numa sociedade urbana, com algum anonimato e privacidade, longe das más línguas sociais e sobretudo com alguma defesa face a represálias, que ocorrem sempre que uma sociedade é demasiadamente pequena, sem concorrência entre quem manda, etc..

O grande problema é quando a instituição de que se fala é um País ou até um emprego de que dependa a sobrevivência. Os empregos cada vez menos abundam, e a tendência é para haver menos ainda, e os exílios doirados nunca foram o que alguns pensaram, nem os há para a maioria esmagadora dos exilados.

Por isso, a recomendação de saída, de mudança, de alternativa, é apenas para quem consiga sobreviver de cabeça levantada em sua terra ou alheia. E porque a muitos não é possível esta autonomia, tudo vai ficando na mesma. Quando alguém chega à conclusão que a sua vida institucional está bloqueada, quando só vê paredes altas e nenhuma janela e nenhuma porta, e pior: quando conclui que não há céu aberto por cima de si, para onde não poderá sequer voar, vem então o definhamento. O morto-vivo, peado pela instituição, arrasta os seus grilhões, engolindo doravante sapos e elefantes, porque não consegue sair. E já não está lá, mas numa saudade de algures que mata mais que liberta.

Por isso é que alguns, com alguma experiência, quicá, mas de que se devem ter livrado a tempo, e certamente sobretudo com muita intuição, são alérgicos a instituições, e fogem delas como se tivessem lepra. Não são anti-gregários, muito menos anti-sociais. É a instituição que temem. Temem muitas vezes casar, entrar em clubes, muito mais aderir a partidos, e têm fobia ao arregimentamento confessional, o mais perigoso de todos, quando o seja verdadeiramente, por dominar as almas e os espíritos, e não só os corpos e as mentes. É a claustrofobia institucional. Para estes, toda a instituição tem em si um germen de corrupção e de dominação. E a isso querem furtar-se.

Claro que, assim, perdem também muitas das vantagens (de muito tipo) que a pertença a uma instituição pode proporcionar. E algumas vantagens genuínas e positivas, sem sombra de pecado ou crime. Como o convívio, a troca de ideias, o acesso a novas experiências, etc.

O escravo da instituição e o claustrofóbico institucional são os dois exageros que as perversões institucionais geram: um dentro, querendo estar fora, ou já nem sequer ousando querê-lo; o outro fora, negando sequer uma visita.

III

FINAL

Entre os problemas contemporâneos, que são tantos, o descontentamento institucional (desde logo o laboral e funcional) e claustrofobia institucional (redundando em problemas complexos, e de reprodução da crise : a começar pelo alheamento político dos jovens) encontram-se entre os não pequenos. Fôssemos capazes de ter empresas e organizações mais felizes (e a *procura da felicidade* é, afinal de contas, um conceito constitucional global, elemento de cosmopolitismo constitucional, desde a declaração de independência dos EUA²⁸), com trabalhadores mais integrados e realizados – o que implicaria muita atenção a tiranetes dos micropoderes²⁹ – e conseguíssemos mobilizar a juventude para a luta por ideais (não por lugares) políticos, e teríamos meia crise resolvida, e o futuro meio conquistado.

Teima-se, porém, muitas vezes, em receitas que já não curam e podem matar o paciente, e não se cuida desta coisa óbvia: como pode ser feliz um mundo sem condições para a felicidade?

A felicidade passa por condições de dignidade. As instituições

²⁸ V., v.g., o nosso Filosofia Jurídica Prática, Belo Horizonte, Forum, 2009, p. 165 ss.

²⁹ Cf., desde logo, FOUCAULT, Michel — *Microfísica do Poder*, antologia com org., introd. e trad. de Roberto Machado, Rio de Janeiro, Graal, 1979.

que – e algumas vai havendo – garantem a cada um o seu devido lugar, que premeiam o mérito, que punem a infracção, que dão exemplo de um mundo com sentido, essas, não estão em crise, e frutificarão. A chave está no pleno assegurar da dignidade do Homem. As instituições, todas elas, fizeram-se para o servir.

Devia ser proibido, ou pelo menos sinal de grave deformação do espírito haver humanos que proclamam, ufanos, que *servem* instituições. Não. No máximo, ajudam instituições, fazem parte de instituições para o fim superior que elas devem cumprir. Para além de haver, de entre esses, alguns cujo serviço é, na verdade, inverso, a declaração mesma é sinal de deformação de prioridades existenciais. As instituições estão para as Pessoas, não as Pessoas para as instituições. E não adianta vir com especiosismos para explorar os outros, mesmo quando se afirma ser-se *escravo do dever*. Já estamos num tempo em que esses discursos legitimadores não convencem senão ingénuos muito rematados. Por um lado, perdeu-se alguma candura...

De qualquer modo, do que afinal se trata seria de tentar ainda trazer alguma paz às instituições, que andam permanentemente em guerra, permanentemente descarregando nos seus *carregadores de pianos* as suas reais ou inventadas competições, que agora a “crise”, nova entidade mítica a que tudo se tem de sacrificar, legitima ainda mais. O *stress* permanente mantém despertos e activos – hiperactivos – os exaustos, quebrando-lhes as defesas : a doutrina do choque³⁰ poderá eventualmente não ser verdadeira (quem o poderá afirmar não somos nós), mas pelo menos é, realmente *bene trovatta*. Há sempre uma meta a atingir, um concorrente a eliminar ou a ultrapassar, uma ameaça qualquer a vencer. E nada tem fim.

“(…) Na terra tanta guerra, tanto engano,
Tanta necessidade aborrecida!
Onde pode acolher-se um fraco humano,
Onde terá segura a curta vida,
Que não se arme e se indigne o Céu sereno
Contra um bicho da terra tão pequeno?”³¹

É a este Camões que apetece citar, terminando por ora.

³⁰ KLEIN, Naomi — *The Shock Doctrine : The Rise of Disaster Capitalism*, 2007, trad. port. de Vania Cury, *A Doutrina do Choque: A Ascensão do Capitalismo de Desastre*, Nova Fronteira, 2008.

³¹ CAMÕES, Luís Vaz de — *Os Lusíadas*, I, 106.



“ORAL, WRITTEN AND ELECTRONIC PROCEEDINGS AND THEIR EFFICIENCY”

Peter Gilles¹

RESUMO

Este artigo busca estudar as formas utilizadas nos casos de resolução de conflito dentro da esfera do direito civil. Dentre estas formas encontram-se a oralidade, caracterizada por sua informalidade, a forma escrita que ainda domina este âmbito do direito em boa parte do mundo e a forma eletrônica que vem ganhando espaço nos últimos anos com o avanço tecnológico. Segundo o autor é muito raro um procedimento puramente oral, pois ao fim de tal procedimento se deverá ter pelo menos um documento escrito seja ele um acordo, uma ata de audiência ou ainda uma sentença. Num estudo histórico, observa-se que a forma escrita, que caracteriza mais formalidade aos procedimentos jurídicos está mais presente que as outras formas.

Palavras-chave:

oralidade. Formalidade. Terminologia. Direito civil.

This article explores the forms used in cases of conflict resolution within the sphere of civil law. Among these forms are orality, characterized by its informality, the written form that still dominates this part of the law in most of the world and the electronic form which has been increasing in recent years with technological advances. According to the author is very rare a purely oral procedure, since it must have at least one document in writing, like an agreement, a protocol or a sentence. In a study throughout history, it was observed that the writing form, which features more formal legal procedures is more present than other forms.

Key-words:

Orality. Formality. Terminology. Civil Law.

¹ Docente do Institute of Comparative Law — Faculty of Law — Johann Wolfgang

THESIS 1: TERMINOLOGY, KEY- AND CATCHWORDS

The key- and catchwords of the general title of this conference are "*Oral and written proceedings*". This *terminology* mirrors and represents a leading procedural law doctrine, which differs and contrasts the supposed types of intra court or extra court proceedings, - the "Oral proceeding" on one side and - as an opposite - the "written proceedings" on the other sides. Furthermore, a leading doctrine understands "*Orality*" and "*Writing*" as different forms of procedure. This raises the questions if just oral speaking, speeches, disputes, debates, argumentations, pleadings, palavers etc. - among private, professional and official persons like parties, lawyers and judges - as expressions of orality could really be named a "proceeding" or a "procedure" as certain "forms" of conflict resolution. This is questionable because "orality" itself means no "form" and the so called "principle of orality" as one of the basic procedural maxims is a principle of "*formlessness*" respectively "*informality*" in contrast to principles of formality like the traditional "principle of writing" related to the "written form", which is nowadays supplemented or substituted by the modern "electronic form" as a further "text form".

Besides, - as far as known - a purely or totally so called oral proceeding particularly in the frame of civil justice systems does no where exist. Even if there are - like in Thailand exceptionally - just oral judicial disputes about a legal case for conflict resolution reasons, there will be at the very end of the oral altercations at least a protocol, a written settlement, a written judgment or another document.

In the opposite, one can find not only in history but also in present times many countries, which have only and in general the written form at least in civil procedures and also many countries, which have principally the written form with exceptionally oral opportunities. The pure written form had been in Europe and elsewhere the overwhelming one during the past centuries, which holds true also for Germany, where the principle of writing had been practised up to the year 1879.

Meanwhile, presumably the majority of developed respectively civilized countries have a mix, combination or alternation, successions or sequences of orality and writing, i.e. court procedures with written as well as oral parts, elements or steps. But even then, compared with the oral parts the written parts are nowadays the dominant ones according to the very old Latin saying "*quod non est in actis, non est in mundo*".

This holds particularly true in respect of the anyway highly formalised procedures all over. This dominance of writing exists in spite of the fact, that for instance in Germany the so called "*mündliche Verhandlung*" - which is hard to translate in English (*negotiation? bargaining? dealing? communication?*) - is or should be should be a centre piece of the whole normal civil law suit. But the law suit or procedure itself is generally spoken just an outer form to canalise,

treat and dispose a legal case as its content.

The here mentioned issues lead to the next thesis.

THESIS 2: FORMALITY AND FORMALIZATION OF CIVIL PROCEDURE

When talking about the “*formality*” of court proceedings or about their non-formality in the sense of writing here and orality there, it is worse to be aware of the past period of the so called “*formalization*” of the civil procedure, its law and its science, looking here only at the German situation as an example.

If one takes a glance at the history of the development of civil procedural law and its scholarly treatment, one must unfortunately say, that in Germany, at least up until a few years ago, there was a noticeable disregard of civil procedural law within the rankings and prestige scales of legal subjects and legal disciplines among the generally predominant opinion of German jurists. The disregard was based in a large part on the widely-held wrong belief, that civil procedural law (just as any kind of procedural law) was and is only concerned with a purely “technical,” “practical,” “functional” or “formal,” if not “formalistic”, branch of law or even with a mere accumulation of rules about forms, time limits, services of process and technical measures, which has to be strictly distinguished from material respectively substantive law, namely private law, which is and was viewed as the actual, the proper, the real or the true law and the only gage of justice for judicial decision-making. Especially within the university education of jurists, civil procedural law has, for the most part, only played secondary role as a mere appendix to civil law for decades.

In short: Civil Procedural Law is and was viewed for a long time as a pure “law of legal enforcement”, i.e., an area of law, that merely serves for the “enforcement of subjective private laws”, - a view, which to this very day can often still be found in descriptions of the goal or purpose of civil procedure.

It is also interesting to note, that the representatives of the discipline also suffered for a long time from this outright naive perception of the fundamental character of civil procedural law and the resulting grossly wrong assessment of its qualities and functions. Not infrequently were the representatives reproached for an “interest blind,” “value neutral” or “nonpolitical” depiction of institutions or for a legal doctrine “free of morals” in “splendid isolation.”

This period of formalization has been followed by a period of a so called “materialization” discovering and recognizing the substantive respectively material and even constitutional values of the so called formal procedural law. a period, which is currently followed by a period, criticized as an “*hyperformalization*” of civil procedure particularly by its ongoing punctual, partly or full so called “*electronification*”, we can observe nowadays in many parts of the world.

THESIS 3: WRITTEN PROCEEDING AND ORAL NEGOTIATION IN GERMAN CIVIL PROCEDURE

Looking at the provisions of the German Civil Procedure Code (“Zivilprozessordnung”, ZPO), we find in the 1. Book, named “General Provisions” of this codification, stemming from 1877, in section 3 named “Procedure” under Title 1 named “Oral Negotiation” (“mündliche Verhandlung”) in the first paragraph (§ 128 I ZPO) the apodictic sentence: “The parties negotiate the legal dispute in the face of the adjudging court orally”. The mere location of this paragraph makes clear, that at least the lawmakers themselves attached great importance to the oral negotiation as a communicative interaction between the litigating parties and only between the parties and/or their lawyers. Only in case, that both parties agree, the court discretionary can - but not must - render a decision exceptionally “without an oral negotiation” (§ 128 II ZPO). In case that lawyers are involved in the trial, this oral negotiation has to be prepared by preparatory writs (“vorbereitende Schriftsätze” §§ 129, 130 ZPO), which are apart from the initial written complaint (“Klageschrift”) of the plaintiff (§ 253 ZPO) and the followed written answer to the complaint (“Klageerwiderungsschrift”) of the defendant (§ 277 ZPO) as decisive writs (“bestimmende Schriftsätze”) are practically the main sources of factual information for the court in particular.

According to a strict legal order (§ 272 ZPO) the legal dispute has to be disposed principally in one comprehensive main hearing (“Haupttermin”) after its preparation either by a so called early first hearing (“früher erster Termin”, § 275 ZPO) or by a written pre-trial (“schriftliches Vorverfahren”, § 276 ZPO).

A relatively new section asks now for a mandatory so called conciliation negotiation (“Güteverhandlung”, § 278 II ZPO) aiming an amicable settlement of the dispute, which has to take place directly just before the beginning of the intrinsic controversial oral negotiation of the case, - a new regulation, which in practise turned out be a legislative flop.

In concern of the course of the negotiation the regulations are the following: The presiding judge has to open, to guide and to close the negotiation taking care of a exhaustive debate and complete argumentation of the case (§ 136 ZPO) before rendering a decision. The oral negotiation is started by the applications of the parties and their pleadings must be done in a free, ad-lib speaking covering the litigation as a whole in all its factual and legal relations (§ 137 I, II ZPO). The parties are obliged to declare the factual circumstances completely and truly (§ 138 I ZPO), while the court has the duty - as far as required - to discuss the litigated subject, its factual as well as its legal side, to ask questions and to give advices and directions (§ 139 ZPO). In concern of the more detailed content of the oral negotiation it normatively requested, that the parties have to utter their statements particularly their means of offence and defence, their allegations and contradictions, their objections evidence and counter evidence in time, i.e. as early as - according to the actual procedural situation - a careful and the promotion or expedition intending procedural

conduct of the case requires (§ 282 ZPO).

In case that a proof taking has taken place the parties again have to negotiate about its result reconsidering the whole dispute relations (§ 283 ZPO).

Finally: as an expression of orality can be also seen in the pronouncement of the judgement by reading the formula of the decision (§§ 310,311 ZPO).

Recognizing all these legal texts of the German Civil Procedure Code one may gain - at a first glance - the impression, that in Germany the orality plays a significant or even a dominant role at least in the regular, ordinary or normal civil proceedings. But, what was presented before, is all just text-law, paper law or law in the books, as the Americans would say, and not the living law, the law in action or the practised law or in other words: the mentioned norms reflect just *idealities* and not or only rarely the *realities* of the German judicial and procedural situation respectively actual condition ("Istzustand") and not the target state implied in the norms ("Sollzustand"). Besides, most of the quoted paragraphs have to do more or less with orality, while from the masses of provisions dealing with writing or the written form only a very few had been mentioned up to now. As already stated before, our German civil procedure has still mainly the character of a "file-process", a process of writs or a paper-process ("Aktenprozess"), an opinion which can easily be substantiated by the huge numbers of procedural norms and procedural phenomena, which deal with the written – or text-form and which are indicators for the *principle of writing*. The most significant indicators are:

the initial written complaint (§ 253 ZPO) and the written answer to the complaint (§ 277 ZPO) as so called constitutive or decisive writs as well as the so called preparatory writs (§§ 129, 130 ZPO), produced by the parties or their lawyers;

the written pre-trial for preparation of the main hearing;

the formal requirements for all types of judicial decisions, sentences, judgements, directives, degrees, or orders ("Urteile", "Beschlüsse", "Verfügungen"), particularly for the most important judgements ("Urteile", §§ 313, 317 ZPO) and for those decisions, which function as a written conditions for execution i.e. as an executory title ("Vollstreckungstitel") (§§ 704,794 ZPO);

the requests for writing in concern of the form and the content of judgements (§ 313 ZPO) their service and executive copies (§ 317 ZPO) and for the correction and additions of decisions (§§ 319ff ZPO);

the coercively demands of detailed protocols (§§ 159ff ZPO) about the whole negotiation and about each proof taking and in plain words about all important actions, reactions and interactions of the private, professional and official participants of the law suit:

the uncounted provisions, mentioning "files" (§§ 143, 168, 298, 299 ZPO) and "documents" (§ 131 ZPO), "signatures", "copies" (§ 133

ZPO), "writings", "letters", "excerpts", "certificates", "enclosures", "binders", "booklets", "dockets", "registers", "catalogs", "indexes", "transcriptions", "lists", "protocols", "records", "titles", "clauses", "attachments", "storages", "handwritings", "holographs", "notarizations", "authentications", "attestations", "credentials", etc.;

the formal requirements for an own proof taking intra-court procedure, asking for a Beweisbeschluss (§§ 358, 359 ZPO);

- the regulations about writs and protocol for proceedings at local courts (§ 496 ZPO)

certain types of none oral special procedures like the so called document procedure, including bill procedure ("Urkunds- und Wechselverfahren §§ 592ff ZPO);

the formalized proceeding for provisional judicial protection ("Arrest und einstweilige Verfügung §§916ff ZPO)

last but not least, as a further and practically, immensely important special procedure the payment order procedure ("Mahnverfahren" §§ 688ff ZPO), a procedure, which is highly formalised to a far extent automatically mechanical and meanwhile, also punctually or partly electronic. In this context, it might be interesting to know that in Germany the estimated number of incoming payment order proceedings at local courts is about twelve million proceedings per year.

THESIS 4: WRITING AS REALITY, ORALITY AS IDEALITY

Even the mandatory written elements of German civil proceedings are overwhelming in their quantity, there is nevertheless according to law a respectable space left for orality.

As already explained, the "oral negotiation" has to be seen as the central event, holding an exponent position in the whole CPO. Besides the main rule (§128 I ZPO), one can find much more than one hundred provisions mentioning the "negotiation" or a "negotiating" ("Verhandlung," Verhandeln") in many respects and procedural relations, which always mean an "oral negotiation" or "oral negotiating, which also holds more and less true for terms like "pleading" and "hearing" or other expressions more.

But this ideal world of norms, does not fit to the real procedural practise, particularly not to the full fledged normal or ordinary first instance fact- and law finding proceedings at the local courts ("Amtsgerichte") and district courts ("Landgerichte") as entrance courts. There, the oral negotiation plays nowadays no significant role on factual as well as normative reasons

First of all, the entrance courts suffer from an extreme case load or even overload in regard to circa 1.5 millions of incoming civil cases per year. This immense amount of work for the judges in courts in civil jurisdiction does not

allow case by case an extensive oral negotiation and oral argumentations, mostly presented anyway already in written form, comprehending all factual and legal issues completely, as the law demands.

Besides, already since the amendments of the German CPO from 1909 and 1924 the parties and their layers are expressively permitted (§ 137 III ZPO) during the still so called judges' "hearing" of parties' "speaking" to refer to all their writs, delivered in advance, - an opportunity which is extensively used and the daily practise at courts.

This possibility of referring to the written statement has weakened since a long time and more and more *the principle of orality* severely blaming the alleged orality nowadays as an "illusion", a "farce" or "myth" and criticising the development as a decline or "downfall of the oral negotiation".

An additional remark about tan oral discussion not only on the factual side but also on the legal side of the debated subject:

There are judges, who do not like or un likely just tolerate in proceedings, where lawyers voluntarily or coercively are involved, any legal explanations by the lawyers as equally educated and trained legal experts. at all . This judicial attitude and habitude corresponds with the old and questionable devise "iura novit curia", and no one else then the "curia". Even in appellate proceedings at High District Courts ("Oberlandesgerichte") and at the Federal Supreme Court ("Bundesgerichtshof", where just the pure or a main legal control of the appealed decision is at stake, we can find occasionally such an approach among judges. This approach is far away from the idea of a legal cooperation among the experts in law during the steps of fact finding and law finding, while the final judgement is undoubtedly in the responsibility and autonomy of the judges only.

THESIS 5: INFORMATION AND COMMUNICATION IN CIVIL PROCEEDINGS

But orality and especially the oral negotiation is not only a debacle from a practical point of view but also from a theoretical one for several reasons:

The described destruction and devaluation of the principle of orality particularly in regard of so called "hearings", where the judge and - according to the principle of publicity - also an audience in the courtroom should hear, what the parties and their lawyers have to say - based on the fundamental right of the litigants to be heard (Art. 103 GG) and the corresponding fundamental duty of the judge to lend them his ear -is for sure caused by the two circumstances mentioned before:

There is in the first place the immense workload by the millions of incoming of civil cases at the civil courts every year and the respectable efforts of the judges to manage this load by huge amounts of disposals avoiding an increasing yearly backlog.

Then, there is the legal permission for the parties to refer to all their writing and writs to a far extent, replacing the original regulation, asking the parties for comprehensive and complete oral presentations at the hearings.

But the procedural scholarship, too, has to be blamed to be also responsible for the decline of the theoretically still praised principle of orality as an important and characteristic one among the amount of so called fundamental principles respectively basic maxims of civil procedural law. This has to be explained: For nearly all German proceduralists the immense high value of private autonomy finds in civil procedure its expressions in the "principle of parties' disposition" upon the course and subject of litigation ("Dispositionsgrundsatz") and - most relevant for the here treated topic - in the "principle of negotiation" which is by the absolutely leading procedural opinion equated with the "principle of parties' submission of facts and evidence" ("Beibringungsgrundsatz") in the sense of the parties' responsibility to bring forward and to introduce into the trial orally or in written form the relevant historical facts of the case to help to reconstruct presently the past factual situation ("truth finding"), causing the legal dispute. For most scholars and practitioners the both principles are identical, the different names just synonyms, containing nothing else than the submission of facts and evidence and nothing more, neglecting or even ignoring totally the aspect of negotiation. This equalisation or identifying of the Beibringungsgrundsatz as a - in modern term - "principle of information" with the "Verhandlungsgrundsatz" as a - in modern term - "principle of communication", absorbing the Verhandlungsgrundsatz by the Beibringungsgrundsatz, is a momentous mistake with the consequence of a dogmatically cultivated ignorance about

theoral negotiation. No wonder therefore, that - as far as known - in none of all the study books and commentaries on civil procedural law we will find any deeper definitions, descriptions and explanation, what "Verhandlung" in the true sense of this terminus could mean and should mean. Insofar the Verhandlungsmaxime is not yet really discovered and developed.

The differentiation of fact submission from negotiation respectively information from communication, in civil procedure is also necessary for a better understanding of the functions and effects of orality here and writing there: Writing or the written form have always or mostly a conserving, preserving, affirming, assuring or contesting function in concern of its content being the bearer of all kinds of information or - in a modern term - of "datas". In civil proceedings the writs of the litigants contain typically the contrasting standpoints of the parties, who contest their contrary positions like a modern kind of the old roman "litis contestatio". Insofar the written form documents mainly the adversary, contradictorial or confrontational character of a procedure or of certain of its phases.

In the contrast, orality in procedure and in the first place the legally ordered but practically neglected "negotiation" is always already by definition

an oral one, because just the exchange of papers, the mailing and re-mailing or a correspondence could not be named a negotiation in the true sense of the word. Such a face to face negotiation stands not only for oral controversies and dispute (“streitige Verhandlung”) but also for the approximation, clearing and compromising of the standpoints, for cooperation and compensation, for reconciliation and settlement (“gütliche Verhandlung”) or in short for “communication” as an interaction between the parties and only between them.

When therefore judges full of pride, report about how many proceedings or how many parties they have negotiated or even settled, then this outing at-tests a great misconception or the role and tasks of a judge, who himself is not a negotiating partner but at the most just a moderator or mediator.

In sum: All the justice-system reformers, who want to replace the existing “litigation culture” by a “reconciliation culture”

Being aware of the orality and its denoted functions and effects we may move to the question of its efficiency.

THESIS 6: ORALITY AND WRITING AS FACTORS OF EFFICIENCY

When asking now for the influences of orality and writing to the *efficiency* of court procedures, the often raised question, if oral proceedings are more efficient or less inefficient than written ones and vice versa, such an indifferent question in all its generality does no make much sense and does not allow any profound answer.

First of all one have to make clear, what he means, when using the nowadays overall used word “efficiency”, sometimes also called “effectiveness”, which may contain aspects of quantity as well as of quality, of time span, workload, work management and manpower, of duration, delay, acceleration and deceleration, of resources, personal, facilities and equipment, of costs and expenditure, of organisation, structures and functions and other aspects more, often embraced by catchwords like “economization”, “rationalization”, “rationing”, “centralization”, “concentration” or “simplification” or by reform slogans like “lean justice” and “lean procedure”. If one reduces procedural “efficiency” just to the question if a court proceeding is simple, cheap and quick, combined with reform efforts to make an existing complex, slow and expensive proceeding just more straight, more speedy and less costly, the consideration is missing about what by a court procedure could and should be achieved or in other words what its goals or targets are or should be. To present an own opinion: Its very difficult main task insofar is the balancing or “optimizing” of the partly contrary aims, i.e. to render an as just as possible judgment in an as reasonable as possible time with an as justifiable as possible expenditure. If this target is reached the proceeding may be valued as “effective”.

In this context it is worth to mention the old and overages pre-justice,

that written procedures, compared with oral ones, are generally slow, heavy, circumstantial and costly, an opinion, rooted in ancient court situations, when and where writs and files had been produced by handwriting and handicraft or by using old fashioned mechanical type writing machines.

But nowadays in the era of High-Tec, multimedia, internet, electronics and audiovisual equipments also the written proceedings could be at least as speedy as mainly oral litigations.

When therefore for example in Costa Rica, where first instance civil proceeding had lasted in the average about seven years, since already a decade the justice system reformers call for nothing else but for "Oralidad" as an "Gran Reforma" and a panacea to cure all the maladies of the written processes, this will be a very illusionary reform approach.

Furthermore, as already mentioned, most of the present civil procedures are consisting in a combination of written as well as oral parts, phases or steps as possible "factors of efficiency"; Therefore we cannot plainly ask if an oral procedure

is more or perhaps less efficient than a written procedure. Instead we have to ask, which procedure in which oral-written-construction and course is more efficient than another one of this combination type.

When we want to avoid mere speculations, then this question can only be answered on the basis of empirical analyses and research particularly done by sociologists and economists, like they had been done in Germany once in the eighties of the past century embedded in a huge project of the German Ministry of Justice called "Strukturanalyse der Rechtspflege SAR"). The empirical results of that project had led unfortunately to only very few legislative reforms of the German Civil Justice System.

Meanwhile many of the SAR-results are already out-dated, because the Electronic Data Processing, Teleinformation and Telecommunication, have started to conquer the justice administration systems and the court procedures as well.

THESIS 7: ELECTRONIFICATION AS HYPERFORMALIZATION OF CIVIL PROCEDURES

Caused by the current problems, miseries or even crisis of justice systems and boosted by the turn of the millennium and an upcoming atmosphere of a totally "new era in the history of manhood" there is another tendency worth to be mentioned. This tendency has also to do with the here dealt topic and is covered by the word or better by the phrase of "*modernization*" likely used by ministries of justice, legislators and politicians and to be found as slogan or goal also in many justice reform projects and declaration about how to make judicial administration more effective and court proceedings "speedier, cheaper, and better" or more attractive for the people. But when we look behind this term

there is mostly not much more to detect than a mere punctual planed or already practiced introduction of the so called "modern media" or teletechnics like teleinformation and telecommunication to improve just the bureaucratic and organizational side of justice administration and just the technical, operational or processing side of court management and court procedures.

This tendency, which I will call - according to often used abbreviations like "e-justice", "e-procedure", "e-law etc. - "electronification", is also named "technicalization", "virtualization", "digitalization" or "computerization" in the sense of an ongoing permeation or infiltration of antiquated judicial administration, old fashioned court office equipments and outdated procedural behavior by an installment of new media and the use of their possibilities.

Particularly looking at the respective new "e-procedural-law" or "e-justice-administration-law"(like for example the new German Judiciary Modernization Act from 2003 or the German Judiciary Communication Act from 2003) and the new splinters of scattered single "e-norms", just slipped over certain provisions in the old Codes of procedural law (like for example the German Civil Procedure Order from 1877) one gains the impression that all this legislative novelties concerned are offering nothing else or at least hardly nothing else than a new form, the "electronic form", replacing or augmenting the traditional , mainly the "paper form" respectively the "written form"(both named "text form"), while their substantive contents, the action, reactions and interactions or the working processes behind, remain unchanged.

As like all forms also the electronic form has the function to preserve and to conserve its content, this means, that exactly that reform movement, which sounds to be the most progressive one, is in reality an utmost *conservative* one as long as this so called modernization deals with nearly nothing else than with a pure new form.. It is insofar a mere "reform of the form", and not a "reform of the content".

This substitution or enrichment mainly of the traditional written form by the new electronic form, particularly in the field of information and communication, finds its expression for example in e-registers, e-files, e-folders, e-documents, e-signatures, e-databanks or e-mails, which allows to describe this as an "exchange" of one "data storage media" by another.

In other words: the officially almost euphorically and emphatically praised so called "modernization of justice" by the new media does quite often mean not much more, than the effort to replace or to augment the conventional form of actions, reactions and interactions of procedural or administrative working processes and this is all over Europe to a far extent still the "paper form". This form finds for example its expression in the procedural law vocabulary using words like "register", "catalogue", "list", "document", "signature", "booklet", "docket", "writs", "writing", "file", "folder" "paper", "binder", "index", "certificate", "transcription", "copy", "protocol", "record" etc. Compared with

this traditional paper form the electronic form presents itself quasi as a “step-up” from the conventional paper form or as a “hybrid”.

Besides, in some countries also another electronic form, i.e. an up to now still quite imperfect supplementation of in-court “live” oral communications and negotiations by “virtual” audio-visual transmissions of motion-pictures and sounds into a courtroom (*video conferences*), is prospected or under construction.

All this let the “modernizers” appear simply as “formalizers,” who almost only pay attention to forms and not or hardly also to contents, which themselves urgently need to be reformed. To illustrate in short the unalterable need for such a “material” or “substantial” justice-modernization it must be sufficient just to know, that business-accountants and management-consultants, chartered by the German Ministry of Justice to analyze the present judicial realities, were really shocked by the circumstantiality, intricateness, formality, heaviness, slowness, costliness and complicatedness of the traditional court management and the court proceedings and by the immense waste of time, manpower and money.

These factual deficiencies found out are to a big part raised by widely inflexible and obsolete legal over-regulation in the contemporary judiciary acts and procedure codes, which are - at least in Western Europe -, often stem from the 19th century. And - if emended, enacted or imported by one nation from another one at later times - they mostly are still deeply rooted in their own or in a foreign legal history and are gluing on old patterns. In sum: The procedural codes are - perhaps with rare exceptions in regard to faintly modernized newer codes - outdated, retrospective and past-orientated, while really “modern”, i.e. updated, prospective and future-orientated justice administration codes, court acts or procedural orders - as far as known- do until now nowhere exist.

Coming back again to the so called electrification of justice systems and court procedures the presumption has to be pointed out, that this ongoing - with already here and there uttered final aims like totally “*virtual court procedures*” or pure “*tele-courts*”, will be achieved to which extent ever *irresistible*, regardless to the questions, how necessary and useful its out-comes will be.

Already now this development creates also for us as proceduralists severe theoretical and practical problems. For example: the rapidly ongoing electrification of court procedures, accompanied by more and more so called “e-procedure-law”, forces us to reconsider nearly all of our confided *procedural principles* like the principle of accessibility, the principle of submission of facts and evidence (in modern terminology: “principle of information”), the principle of negotiation (in modern terminology: “principle of communication”), the principle of directness, the principle of presence, the principle of publicity, the principle of effectiveness and others. Besides, we have to recognize, that our court proceedings - in spite of the here and there but not everywhere accepted principle of orality (i.e. formlessness) - are in wide and in their most important parts a “*file process*” or a “*paper process*”, which could have been and can be

characterized and described in modern terms as a “*data processing system*”, an “*information system*” and a “*communication system*”. As such, our old-styled court procedures on one side and the new world of tele-techniques with their, “*electronic data processing*”, “*tele-information*” and “*tele-communication*” on the other side show a great deal of reciprocal attractions, affinities and compatibilities. This makes it apparent, that the court proceedings in particular and the judicial systems in general being fallow lying fields or open flanks, which will be sooner or later to a smaller or bigger extend conquered by the new media. This holds true, even it will be turned out, that the fully electronic or partly electronically supported court procedures will be not all “faster, cheaper and better” then the old fashioned one. Insofar we have to keep in mind the high *costs* for buying, installing, maintaining and up-dating of the hard- and software and furthermore the fact, that for example by using E-mails only the *information-transfer-speed* can be reduced to splits of a second, which does not mean at all, that also the proceeding as a whole (including hearings, proof-taking, negotiation, decision-making etc.) will become faster. And last but not least we should consider the opinion of experts, that a “court procedure without any paper” would never exist. This opinion contains the option of a future “double-track” model, which would be for sure not cheaper and faster than a one-track procedure of the old or of the new style.

One more remark to finish this chapter: the ongoing legalization of judicial or procedural phenomena by the creation of e-justice or e-procedural norms also stands for a strong move, here called “*formalization*”, towards a new quality of “*formalism*” in our procedural law, a field of law, which is anyway since long and still characterized as a “formal” or even formalistic field of law, neglecting all its “material”, “substantial” and even “constitutional” impacts and values.

THESIS 8: FINAL REMARK INSTEAD OF A SUMMERY

As the author of this report feel unable to summarize all the touched aspects of the general topic of this colloquium, just a very last observation to end with: Being aware of this to a far f extent unavoidable and irresistible formalization or even “hyperformalization” particularly of court procedures by the ongoing electronification this movement is widely embedded, submitting and aggravating the *controversial, adversary or contradictorial style* of legal conflict resolution by litigation at courts, a contemporary movement, which means a strong contrast to another current fundamental worldwide movement, asking also in respect to intra-court procedures for “*reconciliation*” contra pure litigation, i.e. for much more oral and direct face-to-face *communication* and *cooperation* among parties, lawyers and judges, present in the court room.

This challenging goal may also be described by the general title of the world congress of the IAPL at Gent, Belgium, in 1977 as the striving for a “*Justice with a Human Face*”.

LITERATURHINWEISE:

Arens, Mündlichkeitsprinzip und Prozessbeschleunigung im Zivilprozess, 1971.

Dietrich, „Vereinbarkeit der Elektronifizierung der Justiz und der Gerichtsverfahren mit dem Mündlichkeitsgrundsatz“, in: Ho/Gilles (Hrsg.), Justiz und Tele-technik, Seoul University, Faculty of Law, 2005, 159.

Fezer, Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess und Strafprozess, 1970.

Gilles, „Introduction as Chairman of Session No.5, World Conference on Procedural Law, Mexico City, 2003: Abstracts/ Theses Concerning the Subject : The Relationship Between Parties, Judges and Lawyers“ in: Gilles/Pfeiffer (Hrsg.), Prozessrecht und Rechtskulturen /Procedural Law and Legal Cultures 2004, 147.

Ders., „German National Report, Theme 2: Information Technology on Litigation Remarks to some General Aspects in concern of Civil Court Proceedings, Teletechnology and “E-Procedural Law, World Conference of Civil Procedure, Salvador/Bahia 2007.“ in: Gilles /Pfeiffer (Hrsg.) Neue Tendenzen im Prozessrecht / New Trends in Procedural Law, 2008.153.

Ders. „Zivilgerichtsverfahren, Teletechnik und E-Prozessrecht“ In : ZZP 118 (2005), 399.

Ders., „Civil Justice Systems in East and West. Fundamental Current Reform Movements and some Speculations about Civil Conflict Resolution Systems of the Future“ in: Vilnius University (ed.) The Resent Tendencies of Development in Civil Procedure Law- between East and West, 2007, 26.

Ders., Civil Procedure and Constitution – Observations on the Hyperconstitution- alization of plain Procedural Law from a German Perspective (soon published in Revista Latin-Americana de Estudos Constitucionais), Brasil.

Gottwald, „Argumentation im Zivilprozessrecht“, in: ZZP-Sonderdruck, Januar 1980, Heft 1.

Hahn, „Der so genannte Verhandlungsgrundsatz im Zivilprozess“ in; JA 1991, 319.

Henckel, „Die mündliche Verhandlung im Zivilprozess aus kommunikationspsy- chologischer Sicht“ in:, ZZP110 (1997).

Hendel, „Wider den Niedergang der Kultur der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess“ in:, DRiZ 1992.

Kip, Das so genannte Mündlichkeitsprinzip, 1952.

Schreiber, „ Der Verhandlungsgrundsatz im Zivilprozess“ in:, Jura, 1989, 86.

Taniguchi, „Between Verhandlungsmaxime and Adversary System – in search for Place of Japanese Civil Procedure“ In: Festschrift für Karlheinz Schwab, 1990, 487.

Westerwelle, Der Mündlichkeitsgrundsatz in der deutschen Zivilprozessordnung, 1998.



ALGUMAS PRECISIONES EN PUNTO AL HISTÓRICO DITANCIAMIENTO ENTRE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y LA CUIDADANÍA: LA POSITIVA EXPERIENCIA ANGLOSAJONA

Luis Rodríguez Ennes¹

RESUMO

Este artigo busca realizar uma análise histórica do sistema jurídico espanhol, com raízes germânico-romanas, enfatizando os períodos mais importantes historicamente e as características que permanecem como herança de tais períodos. Ao fazer um estudo comparativo com o sistema anglo-saxão, em especial o *modus operandi* do britânico, o autor elabora crítica ao funcionamento das instituições jurídicas espanholas. Ao fazer o paralelo entre ambas as formas, o autor elabora questionamentos relevantes e aponta mudança que seriam necessárias para o melhor funcionamento do sistema jurídico espanhol, tais como a formação dos juízes, que resulta na sua capacidade de se manter imparcial e aplicar a lei, mantendo assim a segurança jurídica. Salienta-se neste estudo as mudanças recentes nos tribunais do júri espanhóis, que apesar de muito contribuírem para evolução jurídica do país, não foram suficientes, faltando ainda um longo caminho para o almejado sistema jurídico perfeito. O autor conclui que a proximidade dos órgãos jurisdicionais com o cidadão é imprescindível e que a experiência anglo-saxã é um bom exemplo de aproximação entre juristas e cidadãos sem que haja o comprometimento da imparcialidade na busca pela justiça.

Palavras-chave:

instituições jurídicas espanholas, cidadania, relação jurista/cidadão na experiência anglo-saxônica.

ABSTRACT

This article proposes a historical analysis of the Spanish legal system, with Roman-Germanic roots, emphasizing the most important historical periods and the characteristics that remain as a legacy of such periods. By making a comparative study with the Anglo-Saxon, in particular the *modus operandi* of the British system, the author develops critics to the functionality of the legal institutions in Spain. Making a parallel between both forms, the author draws relevant questions and suggest changes that would be needed to improve the way that the Spanish legal systems works, such as better training of judges, which results in their ability to remain impartial and apply the law, thus maintaining legal security. It is noted in this study the recent changes in the criminal

¹ Catedrático de Derecho Romano Universidad de Vigo (España). Académico de las RR. AA. de Jurisprudencia y Legislación y de la Historia.

courts in Spain, that have contributed to legal developments in the country, although they were not enough, there is a long way for the expected perfect legal system. The author concludes that the proximity of the courts with citizens is essential and that the Anglo-Saxon experience is a good example of rapprochement between lawyers, judges and court officials with citizens without compromising the impartiality in the pursuit of justice.

Key-word:

Some clarification of the historical division between the courts and citizens: the positive Anglo-Saxon experience

|

Los barones ingleses reunidos en Merton en 1236 proclamaron una voz: "nolumus Angliae leges Mutare, quae hucusque usitatae sunt et approbate". En realidad, este estamento nobiliario no pudo medir el verdadero alcance de su declaración. Es posible que la animadversión contra el emperador, contra el Imperio y contra el Derecho romano hayan jugado en ello su papel². Este voto de confianza en las viejas leyes de Inglaterra fue pronunciado para rechazar en la Isla el sistema de legitimación de los hijos naturales tomado del derecho romano-canónico³. Y no sólo en este aspecto de las leyes de familia, sino en los demás campos del Derecho, Inglaterra mantuvo su posición insular, separándose así del Continente por otra frontera más. Este canal de la Mancha de la ciencia jurídica hizo posible la continuidad evolutiva de la Edad Media a la Edad Moderna en el Derecho inglés, que no quedó interrumpido bruscamente --como en Europa continental-- por la adopción del Derecho romano, según afirma Vinogradoff⁴.

La cultura jurídica occidental aparece dividida --como es sabido-- en dos grandes esferas: los países herederos del Derecho romano y de las codificaciones realizadas a semejanza del Corpus Iuris y los países del Derecho casuístico fundamental. En los primeros, el promotor del Derecho es el legislador; mientras que en los segundos, el papel de protagonista corre a cargo de la magistratura; en unos se determina el Derecho descendiendo del principio jurídico al caso particular; en otros se asciende, por el contrario, desde el caso particular al principio jurídico general. Los países de progenie romanística instituyen el Derecho sobre la base de la ley y del espíritu de la ley; las naciones de tradición anglosajona encuentran su fundamento en la vida jurídica y en la naturaleza de cada asunto⁵.

² I SHERMAN, C.H., "Salient features of the reception of Roman Law into the Common Law of England and America", en Boston University Law Review, 183, 1928, p. 189.

³ 2 MAITLAND, F.W., The Constitutions History of England, Cambridge, 1963, p. 53, donde añade: "Both became suspiciously regarded -owing doubtless to the arrogance of the clergy- as but mere instruments to enslave the English people to popes and emperors: hence the efforts made to curtail the authoritative influence in England of the Roman Laws".

⁴ 3 VINOGRADOFF, P., Outlines of Historical Jurisprudence, I, Oxford, 1920, p. 30.

⁵ ESCUDERO, J.A., "La Historiografía General del Derecho inglés", en Anuario de Historia del Derecho Español, 35, 1965, p. 217 ss.

Sin embargo, no es tanta la separación entre estas dos esferas del Derecho para que se abra un abismo entre ellas. Aunque el canal -llamado inglés por los británicos- separa la Isla del resto de Europa, sirve también de gran vía de comunicación. La nave del Derecho romano la surca incesantemente y desde hace siglos impide que se cree una fractura incurable entre estas dos magnas culturas jurídicas⁶.

Aún creyendo la existencia de un cierto espíritu común en las dos esferas del Derecho - continental europea y anglosajona- hay dos claros rasgos del sistema jurídico inglés que, al diferir de otros ordenamientos, le imprimieron su carácter distintivo. Puede afirmarse con C.K. Allen⁷ que las principales notas diferenciales del Derecho inglés son:

1º._ Su continuidad histórica, a la que ya se ha hecho referencia. En realidad no hay ninguna ruptura importante en el desarrollo del sistema jurídico inglés desde la conquista Normanda hasta nuestros días.

2º._ La importancia de la centralización, pues -desde el siglo XII- los principales tribunales ingleses han tenido su sede en Londres; y los jueces que desde aquella época recorren el país para rendir justicia, eran y siguen siendo jueces del Tribunal del Rey en Londres.

3º._ La posición de la magistratura, que tiene un grado extraordinario de prestigio y autoridad, no sólo por el número no muy elevado de jueces, sino también por la facultad del juez de JL crear el Derecho. El clásico Judge made law tiene una enorme transcendencia en el desarrollo de la ciencia jurídica inglesa.

4º._ El elemento laico en el sistema jurídico inglés. A través del jurado, institución de trascendente importancia en Inglaterra, el elemento no profesional desempeña un decisivo papel en el proceso judicial, incidiendo de un modo patente en el lenguaje oral y gestual de todos y cada uno de los intervinientes en el litigio.

Quizá podría decirse que la característica fundamental de las señaladas por C. K. Allen es la primera, pues en realidad muchos de los rasgos del sistema jurídico inglés, e incluso del espíritu nacional, tienen su fundamento en el hecho de que en Inglaterra -a diferencia de los países del Continente europeo- la Edad Media no se separó de la moderna por un profundo corte sino que, por el contrario, se prolonga todavía en el presente. Esta permanencia de la tradición, fácil de apreciar en la vida inglesa actual, ha arraigado con fuerza en la organización judicial. Efectivamente, en aquellos países adscritos al sistema denominado "romano-germánico", que no cabe circunscribir desde un punto de vista geográfico al Continente europeo, sino que debe extenderse a todas sus

⁶ RODRÍGUEZ ENNES, L., "La recepción del Derecho romano en Inglaterra", en Actas del I Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Granada, 1995, pp. 203 ss.

⁷ ALLEN, C.K., *Law in the Making*, 7a ed., Oxford, 1963, p. LXIV.

antiguas colonias que, tras la emancipación, siguen formando parte de la misma familia jurídica que sus respectivas metrópolis⁸, se observa la existencia de una judicatura incardinada plenamente en la estructura burocrática del Estado, una marginación del elemento laico en la administración de justicia y un Derecho cuya fuente normativa es básicamente la Ley. Lógico colorario de todo ello lo constituye la omnipresencia de un Derecho adjetivo escasamente flexible y, por ende, inspirador de un procedimiento lento, farragoso y redactado en un lenguaje esotérico, ininteligible para el común de los ciudadanos. Por el contrario, en los países del Common Law la judicatura goza de una independencia plena del poder político y el hecho de que, en punto a su consideración social, ocupe la cima de los honores⁹, no obsta en modo alguno para que coexista con una masiva participación popular en la administración de justicia y, en consecuencia, se constate un mayor acercamiento al ciudadano en general, tanto por lo que atañe al seguimiento de los trámites procesales como al empleo por parte de los juristas de un lenguaje llano, inteligible, sin merma en modo alguno de la exquisita cortesía que rodea todas las actuaciones procedimentales. Así las cosas, nos proponemos partir de las referencias históricas a la multi secular separación del Antiguo Régimen entre jueces y justiciables, para centrarnos en un análisis de la situación actual _ que en poco ha mejorado la anterior- efectuando una comparación con la de los países que siguen el sistema del Common Law de cuya praxis judicial es factible extraer provechosas enseñanzas para un auténtico *aggiornamento* de nuestro Derecho adjetivo.

II

La monarquía juega al desarraigo de los jueces, pues como oficiales reales interesa al Rey su fidelidad a las leyes y a la autoridad de aquél, tratando de que

⁸ Acerca de la progenie hispánica de los códigos de nuestras antiguas colonias americanas, vid.: RODRÍGUEZ ENNES, L., "García Goyena y la codificación iberoamericana", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 76, 2006, pp. 705 ss.

⁹ 8 En el Reino Unido, los miembros de la alta judicatura, esto es los jueces de la Cámara de los Lores, los de la Corte de Apelación y los de la High Court, gozan de un elevadísimo nivel económico-social, en correspondencia con lo que acontece en los países del Common Law; con todo, hay que precisar que los jueces norteamericanos verdaderamente asimilables a sus colegas ingleses son los federales. A mayor abundamiento, las ventajas de los jueces ingleses no se manifiestan tan sólo en el salario, sino en las condiciones de trabajo y en el brillo social que acompaña al cargo. Como con oportunidad destaca uno de nuestros más conspicuos analistas del sistema jurídico anglosajón: "Los jueces de la High Court y de la Court of Appeal adquieren automáticamente con el empleo la condición de Knights "caballeros del reino", que es el grado menor de la nobleza, de carácter vitalicio para el juez y su cónyuge -no transmisible hereditariamente- con dignidad de Sir delante del nombre y tratamiento de mylord. Los jueces de la "Cámara de los Lores" tienen completa consideración de pares del reino utilizando la distinción de Lord delante del apellido, con derecho a escudo heráldico, asiento vitalicio en la Cámara, sucesión en el título, etc. Los demás jueces -incluidos los de paz- tienen el tratamiento de your honour. Cfr. AULET BARROS, I. L., *Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España*, Barcelona, 1998, pp. 438-439.

queden incontaminados de las influencias localistas¹⁰. Se entiende que el ser vecinos dei lugar, con anterioridad a su designación, donde van a cumplir su oficio, supone el pertenecer a Círculos influyentes de la localidad, con intereses creados que debilitarían su imparcialidad como jueces. Para los gobernantes y tratadistas de la época constituía una necesidad política y un imperativo ético. Como senala Molas Ribalta: "La desvinculación entre el funcionario y la sociedad que administraba era piedra angular en todo estado absoluto"¹¹ y apunta en otro lugar deI mismo trabajo¹²: "las ideas dei monarca apuntaban hacia un ideal de funcionario desarraigado de la sociedad concreta que debía administrar para asegurar la imparcialidad de la justicia". El criterio de requerirse el no ser natural o vecino dei lugar, se acabó imponiendo cuando la soberanía real cristalizó, aunque en mayor o menor medida y con excepciones¹³.

Para asegurar esa necesaria desvinculación, el magistrado, incluso foráneo, era removido ai cabo de unos anos de ejercicio. Los oidores y alcaides mayores componen un personal itinerante que realiza su carrera administrativa pasando de una a otra Audiencia¹⁴. Este desarraigo, exigido por imperativo legal, se manifestaba de un modo especialmente preocupante en el caso de Galicia, cuya Audiencia era de las menos apetecidas y más evitadas. Alejada dei polo de atracción madrileño, estaba sometida a una lejanía muy gravosa en aquellos tiempos por lo dificultoso dei traslado y expuesta a los peligros de los ataques navales. Por eso poseía un Presidente militar, lo que también era motivo para no desear una plaza en ella. Contrasta abiertamente tal situación con la gran estima en que se tiene a la Audiencia de Sevilla, ubicada en una ciudad más rica, viva y alegre que A Coruna de aquellos tiempos.

A ello debemos anadir que entre los antecedentes valorados como méritos para el desempeño de cargos judiciales durante el siglo XVIII, figuraba con carácter preferente el haber sido alumno de un Colegio Mayor de las Universidades de Salamanca, Valladolid o Alcalá de Henares, reputadas como las más prestigiosas en el ámbito jurídico. Estos colegiales foráneos ocupaban luego

¹⁰ Amplia bibliografía en ROLDÁN VERDEJO R., Los jueces de la monarquía absoluta, La Laguna, 1989, pp. 68 ss.

¹¹ MOLAS RIBALTA, P., Consejos y Audiencias durante el reinado de Felipe 11, Valladolid, 1984 pp. 107 ss.

¹² Ibid., p. 86. En esta misma línea, GARCÍA MARTÍN, A., La burocracia castellana bajo los Austrias, Sevilla, 1976 pp. 300-301 indica que cuando se trate de oficios dei rey que se envíen a ciudades y villas para representarle, no se den a los vecinos y moradores de éstos. La explicación viene de su propio peso, teniendo por un lado el riesgo de parcialidad en el desempeño de su función en que el ministro puede incurrir frente a sus convecinos. Por otra parte, los autores resaltan la dificultad con que el morador de una ciudad o villa podrá ejercer su autoridad entre gentes de su misma patria y en muchos casos vinculados a él por lazos de diversa índole. Esta última consideración parece quedar simbolizada en la frase de Mastrillo de que cives non debent a civibus dominari.

¹³ ROLDÁN VERDEJO, R., Los jueces de la monarquía absoluta, cit., p. 69.

¹⁴ MOLAS RIBALTA, P., Consejos y Audiencias, cit, p. 107. En la misma línea cfr. EIRAS ROEL, A., Sobre los orígenes de la Audiencia de Galicia y sobre su función de gobierno en la época de la monarquía absoluta", en Anuario de Historia dei Derecho Espanol, 54, 1984, p. 362.

las cátedras universitarias, los cargos judiciales y la burocracia de los Consejos¹⁵ y lo demuestra la rapidez con que avanzaban en estos ámbitos, tras la obtención de la cátedra, que les confería preferencia a la hora de ocupar vacantes en las Audiencias. Tal desarraigo, no se manifiesta sólo en la procedencia geográfica de los magistrados y en su formación académica lejos de Galicia, sino incluso en su manera de aplicar el Derecho¹⁶. Y es que los colegiales consideraban por tradición que sólo en el Derecho romano estaba la sabiduría, razón por la cual Sarmiento, con su causticidad habitual, condena abiertamente la fundación dei Colegio de Bolonia porque salen juristas que vuelven a España "no a ser maestros, sino a gozar de pingües beneficios"¹⁷ y anade: "¿no ay en España derecho divino, natural y patrio? Cómo, pues, podrán faltar jurisperitos?"¹⁸, concluyendo en otro lugar: "Los comentadores espanoles de leyes extranas pudieron haberlo excusado y se debían emplear en comentar nuestras leyes patrias, utilizando los materiales que ay en los Concilios, en las leyes antiguas y en los Fueros Municipales"¹⁹.

Por las razones expuestas, el lógico corolario de todo ello es que salte a la vista la escasa participación de naturales de Galicia en el elenco de magistrados que ha llegado hasta nosotros, merced a la paciente labor investigadora de Fernández Vega²⁰. La tendencia, tanto para la Chancillería como para las Audiencias fue teóricamente, ai menos, evitar "naturales". La Provisión de 6 de enero de 1588, dada para la Cámara de Castilla, de Cía que se excusara

¹⁵ PESSET REIG, M., "Derecho romano y derecho real en las universidades dei siglo XVIII", en Anuario de Historia dei Derecho Espanol, 45, 1975, p. 312.

¹⁶ Acerca de este peculiar modus operandi, vid.: RODRÍGUEZ ENNES L., "La ruptura dei monopolio de la enseñanza dei Derecho romano en las universidades españolas dei siglo XVIII", en Revue Internationale des Droits de l'Antiquité, 43, Bruselas, 1996, pp. 345 sS. Traemos a colación por lo mucho que tiene de ilustrativo el testimonio de LANZ DE CASAFONDA, M.: "Lo peor -escribenes que para sentenciar los pleitos recurren antes ai Digesto que a las Leyes de Fuero Juzgo, Partidas, Estilo, Ordenamiento y Recopilación, no teniendo los más Ministros colegiales todas estas colecciones, y muchas de ellos ni aún noticia, ni se cuidan de ello, mirándolas siempre con horror por haber sido su estudio en los colegios sobre las ápices y sutilezas dei derecho civil, con que toda su vida viven preocupados". (Cfr. Diálogos de Chindulza, ed. Aguilar Pinal, Oviedo, 1972, p. 126).

¹⁷ Cfr. SARMIENTO, Fr. M., Obra de Seiscientos Sesenta pliegos, v. 5, foI. 242 r., Colección Dávila, B. N. Ms. 20. 392.

¹⁸ Ibid., foI. 255 r.

¹⁹ Ibid., foI. 256 r. En foI. 247 r. Afirma: "Así, dirán los émulos de España, que a lo menos lograron el que los espanoles hayan abandonado sus leyes patrias; para que entre ellos reine la confusión, el chisme y la discordia, con tantas leyes hermafroditas y extranas. La que no avía, cuando sólo se juzgaba, por las solas leyes espano las, por más de mil anos, asta que vino la peste de comentadores. Dirán que estos ilustran nuestras leyes patrias, con las preciosidades de Bártolo y de Baldo (¿U porqué no se ilustran nuestras leyes con otras leyes nuestras? (¿con hechos históricos nuestros? (¿Con erudición espano la? (¿Con senalar el origen, motivo y causa que ocasionó nuestra ley? (¿Y con una metódica análisis de toda ella? Más tiene que comentar una ley nuestra que una ley romana o imperial. Sobre estas leyes extranas, ay millones de volúmenes corpulentísimos. Y la mayor chusma es de autores alemanes y los más clásicos son herejotazos, porque las miran como leyes propias".

²⁰ Cfr. FERNÁNDEZ VEGA, L., La Real Audiencia de Galicia órgano de gobierno en el Antiguo Régimen, III, A Coruna, 1982, pp. 419-443 ..

buenamente "quanto se pudiere que para la Chancillería de Valladolid no se me propongan los naturales de aquel distrito, ni para la de Granada el suyo, sino por el contrario; y lo mismo se guardará en lo que toca a las Audiencias de Galicia y Sevilla, y a los corregidores y otros oficios de justicia"²¹. Claro que la orden no era taxativa y reconociendo las dificultades que podía ofrecer su rígida aplicación, hablaba sólo de "quanto se pudiere" y, efectivamente, no impidió que en los tribunales colegiados hubiesen jueces naturales dellugar. Pero esto no quiere decir que la regia de Felipe II se olvidase. La consulta de la Cámara de 6 de febrero de 1617, a propósito dei nombramiento para la Audiencia de Galicia del gallego Arias Noguerol, senaló el problema y Arias no fue nombrado; con todo, el 12 de julio de 1563 fue también propuesto y designado el también gallego Suacese²². En las listas de magistrados destinados en Galicia se columbran muy pocos apellidos gallegose²³. Con todo, en el siglo XVIII, la preferencia que se da, por encima de otras razones, a la capacidad técnica de los aspirantes fue haciendo caer en el olvido el impedimento de la vecindad²⁴.

En punto a la presencia de magistrados oriundos de Galicia en las Chancillerías y Audiencias de la monarquía durante el Siglo de las Luces, Eiras Roel, cotejando los datos relativos a la Audiencia de Aragón y a la Chancillería de Valladolid -únicos disponibles- encuentra numerosos nombres gallegos²⁵. Para el ilustre profesor compostelano, los juristas gallegos seguían la carrera de la magistratura hasta sus cimas más altas, pero su proporción es inferior a la que debía corresponderles. Una decena de unos trescientos Consejeros de Castilla (el tres por ciento) equivaliendo la población de Galicia ai dieciocho por ciento de la de Castilla y ai doce por ciento de la de Espana. La mayoría de los magistrados han iniciado su carrera en algunos de los Colegios de Salamanca, Valladolid o Alcalá. Al romperse el monopolio de los seis grandes Colegios Mayores tradicionales, la situación mejora; pero en conjunto, el papel de la

²¹ Nov. Recop. 4,4,1.

²² FERNÁNDEZ VEGA, L., *La Real Audiencia*, cit., I, p. 221.

²³ Vid. La nt. 19.

²⁴ Acerca de la flexibilización en el siglo XVIII dei principio de que los magistrados no sean naturales dei mismo reino, cfr.: ARVIZU, F., "El fiscal de la Audiencia indiana y su homónimo castellano", en *Actas del VI Simposium del Instituto Internacional de Historia dei Derecho Indiano*, Valladolid; BERMÚDEZ, A., "Las funciones dei Presidente de la Audiencia en Indias", en *Memoria dei IV Congreso Internacional de Historia dei Derecho Indiano* (México, 1976) pp. 85-96; GARCÍA GALLO, A., "Las Audiencias de Indias" cit. p. 361 ss.; KAGAN, R., "Pleitos y poder real. La Chancillería de Valladolid, 1500-1700", en *Cuadernos de Investigación Histórica*, 2a ed., 1978, pp. 291-316., 1978, pp. 291-316; LALINDE, E. "Lajurisdicción real inferior en Cataluna, Barcelona, 1966; MOLAS RIBALTA, P., "Las Audiencias borbónicas en la Corona de Aragón", en *Historia social de la Administración espanola. Estudios sobre los siglos XVII y XVIII* (Barcelona, 1980) p. 117-164; PÉREZ SAMPER, M. A., "La formación de la nueva Real Audiencia de Cataluna (1715-1718), en *ibid.* pp. 183-246; PESET, M., "La creación de la Chancillería de Valencia y su reducción a Audiencia en los anos de la Nueva Planta, en *Estudios de Historia de Valencia* (Valencia, 1978) pp. 309-334; TUERO BERTRAND, F., *La creación de la Real Audiencia en la Asturias de su tiempo* (siglos XVII y XVIII) Oviedo, 1979.

²⁵ EIRAS ROEL, A., "Prólogo" a *Baudilio Barreiro, La jurisdicción de Xallas en el siglo XVIII, población, sociedad y economía*, Santiago de Compostela, 1977, pp. 11-14.

toga gallega es marginal y secundario dentro de los cuadros más elevados de la monarquía absoluta, a diferencia de lo que ocurrirá en la monarquía liberal del siglo XIX.

Otro de los factores de desarraigo de la magistratura en Galicia lo constituye, sin duda, el marcado carácter de Audiencia de entrada y, por tanto, de paso que, desde sus orígenes, reviste la de A Coruña. Los ya mentados inconvenientes derivados de la peligrosa ubicación de la ciudad, continuamente expuesta a las destrucciones y los expolios de los ataques navales, motivan que las vacantes sean cubiertas por jueces de nuevo ingreso que no han pasado previamente por otras Audiencias. Incluso no son infrecuentes las excusas de los nombrados para no aceptar el cargo en espera de mejor destino. En casi dos siglos -XVII Y XVIII- de unos doscientos veinticinco nombrados para Galicia, sólo unos diecisiete proceden de otras Audiencias²⁶. Incluso son varios los nombrados alcaides mayores que no se hallan muy conformes con el destino, por entenderlo incluso como un demérito. Como dice Fernández Vega: "se dan casos en que los designados renuncian a ocupar sus puestos, suplican que no se les envíe a él y no es infrecuente que los nombramientos queden sin efecto y haya que sustituirlos por sujetos más conformistas o menos influyentes", y continúa esta autora, al hablar de los casos excepcionales de traslado desde otra Audiencia más prestigiosa: "casi todos los destinos de Sevilla a Galicia traen un sello de castigo"²⁷.

El deseo del legislador de que el juez estuviese por encima de toda sospecha de parcialidad en el desempeño del oficio llevó a aquel a invadir esferas más íntimas de su vida privada y de relación social. Se pensaba, en primer lugar, que todo arraigo en la localidad era un elemento de peligro para la integridad del juez, por los intereses creados en torno a él que podían desarrollarse. Y de ahí la prevención contra el nombramiento de "naturales", que en su momento analizamos. Pero también había prevención contra los casamientos con mujeres del lugar de destino e, incluso, con los matrimonios que pudieran celebrar los hijos del magistrado con personas de la localidad de desempeño de sus funciones²⁸. Con todo, cumple constatar que tal prohibición no existía en Galicia²⁹, al contrario de lo que ocurría en otras Audiencias de lugares pequeños o aislados cuyas Ordenanzas les vetaban el casamiento en el lugar³⁰. Pero la vigilancia en torno a la vida social de los magistrados iba más allá de la mera fiscalización de los lazos matrimoniales. Las leyes fomentaban un "apartheid" social, prohibiéndoles mezclarse con la población en fiestas y diversiones, o incluso imponiendo una rigurosa abstención de visitas a

²⁶ Datos tomados de FERNÁNDEZ VEGA, La Real Audiencia, cit., I, pp. 213 ss.

²⁷ Ibidem, donde cita varios casos puntuales.

²⁸ ROLDÁN VERDEJO, R., Los jueces de la monarquía absoluta, cit., p. 323.

²⁹ FERNÁNDEZ VEGA, L., La Real Audiencia, cit., I, p. 226.

³⁰ Tal ocurría en Canarias (Ordenanzas de Peralta, 2,3,31) y, en general, en las Audiencias americanas, al estimarse muy necesario "que estén libres de parientes y deudos en aquellas partes, para que sin afición hagan y exerzan lo que es a su cargo" (Leyes de Indias, 2,16,82).

personajes de la ciudad que por su cargo político o por su potencia económica pudieran, de tener litigio en la Audiencia, poner en cuestión la imparcialidad de su labor judicial. Se llegaba a los extremos de prohibir a los jueces la asistencia a espectáculos teatrales, quizás por pensar que la falta de sobriedad que concurría en ellos pudiera hacer parecer frívola la figura del magistrado, rebajando su prestancia profesional³¹. Con todo, debían ser aficionados a las comedias los Alcaldes Mayores de Galicia, pues en las resultas de la visita de Muñoz se les reprende por haber ido, y en forma de Acuerdo, a las representaciones en el Convento de Santo Domingo³².

También se prohibía la asistencia a bodas, bautizos y otras fiestas puramente familiares³³. En este orden de cosas, las Ordenanzas de la Real Audiencia del Reyno de Galicia establecían que "Los Alcaldes Mayores ... no han de visitar a ningunas personas particulares ni asistir a entierros, bodas y bautismos"³⁴. A la vista de tamaño apartamiento social, no debe extranarnos que en las Memorias del Arzobispado de Santiago, redactadas por el canónigo visitador Jerónimo del Hoyo se contenga una opinión muy dura sobre la gente de la Audiencia: "Tratan las cosas desde reyno con demasiada soberanía e ymperio y así se azen temer y adorar no sólo de la gente pebleya, sino de la nobleza, que con ser tan grande la deste reyno, la estiman en poco; y junto de la gente desta Audiencia con la que ay de guerra y los pleiteantes que van y vienen, y los oficiales y ministros, causa miedo a los habitantes más que si hubiera diez mil soldados en la ciudad"³⁵.

³¹ CASTILLO DE BOV ADILLA, 1., admite que el Corregidor y sus auxiliares puedan, sobre todo en los pueblos donde no hay bandos y parcialidades, tener amistad entre el vecindario, pero receia y restringe el trato frecuente con sus súbditos. Según este autor "para evitar las imparciales, querría que nuestro Corregidor evitase la mucha familiaridad y conversación con los súbditos". Con suma prudencia CASTILLO aconseja al Corregidor que "no combidasse a comer a nadie de los de su gobernación, ni fuese dellos comidado, pues mayor familiaridad se contrae de comer en una mesa que en sola la conversación". Y es también del parecer de que el Corregidor "no visitasse ninguno de sus súbditos ... sino fuese algún titulado o persona con quien se deba cumplir ... y esto muy raras vezes". Admite, sin embargo, aunque siempre con cautela, la asistencia a ciertos festejos usuales, como "quando se junta el común" o en la comida "que suelen dar los Procuradores de Cortes quando son elegidos o los Regidores quando son admitidos", así como la asistencia a entierros de personas de calidad, cuando se le pide [Cfr. Política para Corregidores y señores de vasallos II, Amberes, 1750 pp. 204-205]. CASTILLO mantiene, en suma, una postura que poco se diferencia de la rigidez normativa.

³² Ordenanzas de la Real Audiencia del Reyno de Galicia, en lo sucesivo ORA, La Coruña, 1679, fol. 318.

³³ Los visitantes achacan a los magistrados de la Real Chancillería de Valladolid diversidad de distracciones que se consideran impropias; asistir en las plazas a canas y toros; ir las mujeres a las ventanas en la fiesta del Corpus e incluso "merendando en sus ventanas con la anfitriona". Y, en general, la asidua visita a los vecinos de la ciudad "y muchas veces a personas de oficios o de calidad, o condición, de que se ha causado notable escándalo". (Cfr. Ordenanzas de la Chancillería de Valladolid, fol. 243 r.). La constante conculcación de lo ordenado demuestra que estas prohibiciones de relaciones sociales -que hoy nos parecen ingenuas- no tuvo demasiado éxito.

³⁴ ORA, 1,1,31.

³⁵ HOYO, 1., Memorias del Arzobispado de Santiago, ed. Rodríguez González y Varela Jácome, Santiago s.f., p. XIV. Para SAA VEDRA, P., "el comentario del canónigo de la Iglesia de Santiago

Otro factor a tener en cuenta lo constituye la hiperinflación de las obras de los comentaristas dei ius commune que, con su lenguaje farragoso y esotérico acrecentaron el divorcio entre la Universidad, la praxis forense y, lo que es peor, la sociedad³⁶. Ello explica que el siglo XVIII no cese de acumular escritos y peticiones de reforma, de muy diversa entidad y alcance, que no logran penetrar de todo en los densos muros universitarios. Se darán algunos pasos, siempre insuficientes para acercar la Universidad al conjunto de preocupaciones, saberes y demandas académicas de la ciudadanía. Estas mentes claras iluminadas por las "Luces de la razón", no se limitaron a criticar lo caduco, sino que pretendieron reformar el sistema jurídico por el que se regía la sociedad. Como ha apuntado Tomás y Valiente, lo que intentaban conseguir era una sociedad estamental racionalizada y progresiva y un Derecho adecuado a la misma, para lo cual pensaban que éste debía ser racional, uniforme y emanado de la autoridad soberana, del rey absoluto³⁷. No es extraño, por tanto, que la doctrina, basada en el ius commune que había constituido desde el siglo XIII el fundamento común dei quehacer de los juristas y la tradición culta de la que éstos se nutrían, fuese combatida desde distintos ángulos de vista en el "Siglo de las Luces"³⁸.

En la Ciencia del Derecho, el siglo XVIII consagra el triunfo de la doctrina del Derecho natural. Visto el papel que esta doctrina ha jugado en la Europa de las Luces, en lo que concierne a la formación de una nueva actitud con respecto al Derecho romano y sus prolongaciones en el pensamiento y en la práctica judicial, parece útil consagrarle algunas notas. Que el Derecho romano fue combatido con rigor creciente a medida que el racionalismo crítico de la ilustración se difundió entre nosotros, está fuera de toda duda. Los juristas ilustrados tomaron aversión a unas leyes que comienzan a ser calificadas como "bárbaras" y a ser desdenadas desde las elevadas alturas de un racionalismo seguro de su propia capacidad innovadora. Esta corriente antirromana enlazaba con la idea del derecho popular -propia del iusnaturalismo- al exigir a las leyes una claridad y sencillez tales, que pudieran ser comprendidas por

encierra un cierto reproche, originado quizás por los enfrentamientos entre los oidores y el obispo compostelano" [Cfr. "Administración y sociedad en la Galicia dei Antiguo Régimen", en *Historia da Administración Pública*, en lo sucesivo HAP. Santiago, 1993, p. 140).

³⁶ Acerca de las exageraciones de una enseñanza excesivamente teórica, vid.: RODRÍGUEZ ENNES, L., "Estilo de la Real Audiencia de Galicia", en *Anuario de Historia dei Derecho Espanol*, 69, 1999, pp. 485-496.

³⁷ TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia dei Derecho Espanol*, 2ª ed., Madrid, 1980, p. 383.

³⁸ WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 10 ed., I, Göttingen, 1952, pp. 313 sS. = *Historia dei Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. esp. Fernández Jardón, Madrid, 1957, pp. 197 ss.; THOMANN, I., "Influence dei philosophe allemand Christian Wolff (1679-1754) sur l'Encyclopédie et la pensée plitique et juridique du XVIIIe siècle français", en *Archives de Philosophie du droit*, 13, 1968, pp. 234 ss., con la literatura citada en la p. 235; COING, H., "Die juristische Fakultaten der Aufklarungszeit. Geschichte einer Studienreform", en *lahrbuch der Akademie der Wissenschaften in Gottingen*, 1970, pp. 34 sS.; ID., "L'insegnamento Della giurisprudenza nell'epoca dell'Illuminismo", en *L'Educazione giuridica. Il profili storici*, Perugia, 1979, pp. 104 ss.

todos, sin necesidad de la intervención de los juristas³⁹.

Podría multiplicar los textos de autores dieciochescos que destilan críticas acerbas ai tremendo amasijo de comentarios, escritos de propósito en un lenguaje ríspido, que obnubilan la verdadera solución de las cuestiones prácticas abriendo, por ende, un abismo insondable entre los juristas y el común de los ciudadanos⁴⁰. Las críticas al Derecho romano se entrecruzan con otras relativas a la "imperfeción" dei sistema romanístico -sobre todo en su aspecto justiniano-calificado de demasiado oscuro, lagunoso, en muchos aspectos contradictorio, cuando no indescifrable o ambiguo, frente a la imagen clara, racional, perfecta, completa de un ordenamiento jurídico fundado sobre principios jurídicos elaborados por juristas, humanistas, racionalistas, iusnaturalistas. Ya Montesquieu, en su *Esprit des lois* formuló esta exigencia⁴¹, reiterada entre nosotros por su riguroso contemporáneo Sarmiento⁴². El pensamiento de estos autores -que podemos considerar arquetípico de la época- revela una profunda desconfianza hacia el juez formado en la sutilezas romanísticas y un evidente deseo de prescindir de él⁴³. Era necesario crear un nuevo sistema

³⁹ FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Los estudios de Derecho romano en Francia después del Código de Napoleón*, Roma-Madrid, 1970, p. 18.

⁴⁰ Baste, a título de ejemplo, con traer a colación dos sendas opiniones muy esclarecedoras ai respecto: Así Mora y Jaraba, aún cuando ataque ai Derecho romano, sabe que no hay posibilidad de prescindir de sus libros: "Lo mismo debe entenderse de los papeles en Derecho y de los informes que se hacen en los Tribunales, donde se citan las leyes romanas con tal satisfacción como si fuesen preceptos dei Evangelio. Cuyo abuso pudieran los jueves reformarlo fácilmente obligando a los abogados a que diesen juntamente la razón de los textos que citan; que yo aseguro que no se citarán tantos en los informes y papeles, no siendo dado a todos penetrar la razón de las Leyes Civiles, aquellas digo que están bien fundadas" (Cfr. MORA Y JARABA, P., *Tratado crítico. Los errores dei Derecho y abusos de la Jurisprudencia*, Madrid, 1748, p. 221). En 1765 sale la primera edición de Juan Francisco de Castro, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, donde el A. condena sin ambages ai exceso en el Derecho romano como uno de los enemigos capitales de la práctica forense: "Entre la inmensidad de leyes civiles y canónicas, entre el inexplicable número e inagotable fluxión de buenos y maíos libros nacionales o extranjeros, opiniones dei mismo dictado y patria, escritas y no escritas costumbres, sumergida toda humana capacidad, le han detestar una profesión en que nda hay apenas cierto y seguro, y en que el que más alcanza só lo llega, después de encontrarse en los últimos períodos de su vida, destruida su salud con tantas y tan penosas tareas, a poder más que otros por propia experiencia certificar esta verdad y asegurar lo inextricable de este laberinto" (Cfr. DE CASTRO, J. F., *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, I, Madrid, 1829, pp. III ss. Cito por esta segunda edición).

⁴¹ "Les lois ne doivent point etre subtiles: elles son faites pour des gens de médiocre entendement; elles ne sont pas un art de logique, mais la raison simple d'un pére de famille" (Cit. Por GENY, F., "La technique législative dans la codification civile moderne", en *Livre dun Centenaire*, II, París, 1904, p. 1006).

⁴² Sarmiento define a la ley: "... conforme a Régia; norma justa y equi, breve, concisa, clara, en idioma vulgar, útil, necesaria, que induze a y obligue in bonum, que retraiga dei mal moral; constante, perpetua e inalterable". (Cfr. *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos*, cit. 5, foI. 288: *Sobre el pensamiento jurídico de Fray Martín Sarmiento*, vid., nuestro *Fray Martín Sarmiento y el mundo dei Derecho*, discurso de ingreso en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, Santiago de Compostela, 2005).

⁴³ El propio Sarmiento apunta: "Los Castellanos Antiguos tenían pocas leyes; y todos eran interesados en que se observasen; y así no tenían tanta infinidad de Hombres de Pluma, ni había tantos Pleytos" (Ibid. FoI. 2725.). También hace profesión de fe dei pensamiento ciceroniano de

jurídico perfecto. Este sistema ideal, debería suprimir toda antinomia y toda controversia mientras que, por el contrario, el Derecho romano y sobre todo las fuentes justinianeas y el *usus modernus pandectarum*, dejaban el campo libre a las opiniones contradictorias y a las concepciones divergentes.

Otro factor contrario a la doctrina del viejo *ius commune* era intrínseco a la misma y consistía en su propia rutina. Falta de renovación, la doctrina romanista permanecía lastrada por su rancio e irreversible envejecimiento. No es de extrañar, en consecuencia, que a mediados de siglo se posea conciencia clara de que los tesoros de la interpretación jurídica se habían tomado en gruesa capa para los juristas. Los libros de los intérpretes son áridos, dificultosos de leer; las glosas o los tratados sobre una materia -en la que se entrelazan otras muchas- las decisiones o consejos explican oscuramente las cosas e introducen no pocos errores por la variedad de opiniones que traen; otros incluyen grandes listas de doctores para aumentar la confusión ... Es un mundo extensísimo, farragoso y complicado⁴⁴. Montesquieu denominaba a la compilación justiniana "El Indigesto"⁴⁵. Verri escribía a propósito del *ius romanum*: Este amasijo de leyes, monumento de una obra mal ejecutada, puede parangonarse a las ruinas de un grande e informe palacio⁴⁶. Filangieri -siguiendo a Leibniz- aconsejaba que fuesen quemados todos los farragosos volúmenes de estos intérpretes cuyo fanatismo "nell'illustrazione delle leggi romane inventarono tante limitazioni, eccezioni ed amplificación, che diedero a magistrati il mezzo d'eludere il vero senso di queste leggi"⁴⁷. Ya en los albores del XIX, el eximio o iushistoriador Martínez Marina, escribía: "Quinientos años de experiencia nos han hecho ver claramente la imposibilidad de que los jóvenes educados en los principios del Derecho romano y familiarizados con las doctrinas de sus glosadores e

que simplicitas legum amica: un letrado no tiene que servir para la inteligencia de la ley "pues si como es ley y justicia, que esa ley está en vulgar, clarísima, y que pueden entender todos, qualquiera la entenderá. Esto se palpa en los Bandos, cuyo contexto después de Pregonado, se fixa en las esquinas. Y que son leyes, sino unos Bandos de larga duración" (Ibid. Fol. 266 v.). Los subrayados del texto son del A.

⁴⁴ PESET REIG, M., *Derecho romano y Derecho real*, cit., p. 287.

⁴⁵ MONTESQUIEU, C. S., "Remarques sus certaines objections que m'a faites un homme qui m'a traduit mes Romains en Angleterre", en *Mélanges inédits de Montesquieu*, Burdeos-París, 1892, p. 205: "Il pourroit citer contre moi une infinité des lois du Code, de l'Indigeste" (Factura de Montesquieu o de uno de sus secretarios? Según BARCKHAUSEN, H., *Montesquieu, considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, ed. rev. y ajustada por ... París, 1990, p. VI fue "un secrétaire des plus ignorants, auquel Montesquieu a dicté les Remarques".

⁴⁶ VERRI, P., "Il café", vol. XV, en *Il illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici a cura di Pl. Comanduci*, Bologna, 1978, p. 121, donde anade: "Comenzaron primero Innerio, después Acursio, Bártolo y Baldo y tantos célebres ignorantes a inundar Italia con gruesos volúmenes y, rodeados de libros de jurisprudencia nos quedamos sin leyes". Y concluye- "Se il codice e chiaro, i commenti sono inutili o sono un abuso; s'egli e oscuro, i commenti sono tutt'al più un remedio parziale: conviene rifonderlo, o abolirlo".

⁴⁷ FILANGIERI, C., "Riflessioni politiche sull'ultima legge del nostro Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione Della giustizia", en *La scienza della legislazione e gli Opuscoli scelti*, V, Livorno 1826-1827, pp. 305 ss.

intérpretes lleguen a aficionarse y mirar con gusto y menos a comprender nuestra jurisprudencia, inconciliable muchas veces con aquellos principios. Luego es necesario desterrar de los estudios generales hasta el nombre de Justiniano⁴⁸ y ello prueba que el combate fue largo y que -dei mismo modo- no emergió un claro vencedor.

III

Al observador externo siempre le ha llamado poderosamente la atención, para bien o para mal, el fuerte contenido litúrgico de que se ha rodeado desde antiguo el mundo de los tribunales para desarrollar su cometido de dispensador de la justicia. Y aunque en naciones muy próximas a la nuestra también podamos encontrar ejemplos de mundos judiciales dotados de espectaculares símbolos litúrgicos (Francia, por ejemplo), han sido precisamente los tribunales británicos los que más han destacado, por su singularidad, en estas manifestaciones formadas del ejercicio de la labor j urisdiccional⁴⁹.

No se trata tan sólo de las togas, las pelucas, la sencilla belleza de sus salas de audiencia, llena de evocaciones sugerentes, sino también de sus ritos, la venerable edad de sus jueces, la atmósfera intimista y relajada, lo que separa este mundo de los otros que conocemos en el Continente. Con todo, debemos pensar que no es la toga forense o la altura de los estrados, lo que separa a los jueces y demás operadores jurídicos dei justificable sino la actitud personal de aquellos. Como en cierto modo venía sucediendo con la monarquía británica, los jueces ingleses combinan sabiamente la lejanía física y simbólica y la proximidad humana con los justiciables. Por el contrario en los países continentales el carácter de simple funcionario dei juez -lejos de facilitar la comunicación con el ciudadano- es proclive ai mantenimiento de ciertas connotaciones grandilocuentes⁵⁰. En Espana, los juzgados y tribunales pasaron de ser unos lugares de nulos valores estéticos -salvo quizás el Tribunal Supremo- incluso en numerosas ocasiones merecedores dei calificativo de sórdidos, hasta los modelos simples y funcionales de las nuevas construcciones.

Goodrich ve en el ambiente una trasposición juicio-eucaristía porque dice: "ai igual que en el sacramento eucarístico el oficiante, el sacerdote investido por Dios con poderes especialísimos para materializar el cuerpo divino en una pieza de pan y en un cáliz de vino; el juez y sus acólitos, los abogados, poseedores de un conocimiento esotérico, materializan lo que es un bien superior, la justicia, poseído por muy pocos entendidos⁵¹. Pero no es tan maio que la gente vea la

⁴⁸ MARTÍNEZ MARINA, F., cit. Por Tomás y Valiente, F., Manual, cit., p. 392.

⁴⁹ AULET BARROS; J. L., Jueces, política, cit., pp. 337-338.

⁵⁰ BLANCO RODRÍGUEZ, L., "El empleo dellenguaje común y gestual en lajusticia inglesa. Un análisis comparativo con el utilizado por la justicia espanola tras la instauración dei jurado" en Revista Jurídica da FA7, IV, 1, abril, Fortaleza-Brasil, 2007, p. 107.

⁵¹ GOODRICH, P., Languajes 01 Law. From Logies 01 Memory to Nomadic Masks. The Legal System in Ferment, I, Oxford, 1989, p. 5.

representación de la auctoritas en los tribunales de justicia y sus símbolos. Más vale eso que no vean nada. Lo indeseable, en todo caso, es que no confíe en las instituciones, o que lo que contemple, cuando avada a una sala de audiencia, sea el rostro frío e inexpressivo de la burocracia.

La reinstauración dei Tribunal del Jurado va a ocasionar un notable impacto sobre la situación real de la Justicia penal española y ello por razones de índole estructural dado que tenderá a reforzar la presencia dei principio contradictorio y de las fases del procedimiento de estructura dialogal, de tal modo que, a largo plazo, colocará sobre el tapete la cuestión de la reforma profunda de la estructura misma dei proceso penal. En todo caso, y a corto plazo, lo que sí cambiará y profundamente, es el procedimiento realmente existente, porque ante el Jurado primará la vista oral, que pasará a ser lo que legalmente es: el centro dei proceso⁵². A su vez, el jurado dará mayor relevancia a la prueba y a su práctica en la fase oral.

Pero el Tribunal del Jurado tendrá, también, un considerable impacto sobre los usos de la Curia, por la sencilla razón de que implica una ruptura dei monopolio de los profesionales dei Derecho sobre el proceso penal y ello obligará a la progresiva mutación del comportamiento de fiscales, jueces y letrados, así como a una simplificación y clarificación radical del lenguaje empleado en los Tribunales⁵³. Estos cambios de lenguaje en el campo judicial han sido objeto de estudio, especialmente en los últimos quince años⁵⁴. Genéricamente, el estudio dei lenguaje pretende una mejor comprensión dei proceso judicial, no siendo prácticamente un fin en sí mismo sino un instrumento de canalización. No en vano es el vehículo por el que la Ley se transmite, se interpreta y se aplica. A modo de recapitulación final sobre todo lo anteriormente expuesto, quisiera que el mundo judicial fuera consciente de los profundos cambios que se han efectuado en ellenguaje forense, motivado por la introducción dei jurado. Este elemento laico, no profesional de la Administración de Justicia requiere el empleo, por parte de los letrados, fiscales y jueces, de una expresión verbal llana y sencilla, en las antípodas de los discursos esotéricos que todavía se escuchan en las Salas de Audiencia y que, a veces incluso, son de difícil comprensión para

⁵² Acerca dei jurado, vid., entre otros: AA VV., Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, A. Lorca

Navarrete (ed.), Valladolid, 2000; ESCRIV Á, D., El Tribunal dei Jurado. Reflexiones acerca de su desarrollo constitucional, Madrid, 1988; GARCIA-GALÁN PÉREZ, A., -GARCÍA-GALÁN MOLINA, A., Formularios y comentarios de procesos civiles. Adaptados a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 2001; HASTIE, R., La institución dei jurado en los Estados Unidos: sus intimidades, Madrid, 1986; MONTERO AROCA, I., -GÓMEZ OLOMER, J. L., El nuevo proceso civil. Ley 1/2000, Madrid, 2001; MORENO CATENA, V., La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, IV, Madrid, 2001; SOBRAL-ARCE, G., La Psicología social en la Sala de Justicia. Eljurado y el testimonio, Barcelona, 1990.

⁵³ RODRÍGUEZ ENNES, L., "El discurso ante el jurado", en Controversia. Revista Xurídica Xeral, 4, Orense, 2003, p. 27.

⁵⁴ Vid., por todos, LEVI, A., Language in the Judicial Process, Nueva York, 1990.

los expertos en Derecho. Claridad y comprensión constituyen, pues, los ejes en torno a los que debe gravitar toda su actuación ante el Jurado.

Otra manifestación positiva del acercamiento de la ciudadanía a los órganos jurisdiccionales, surgida al socaire de la Ley del Jurado, lo constituye sin duda, la novedosa ubicación del justiciable en las Salas de Audiencia. En efecto, a tenor del apartado 20 del artículo 42 de la Ley del Jurado de 22 de mayo de 1995: "El acusado o acusador se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores", Especial reconocimiento merece, por su indiscutible acierto, este precepto, carente de todo precedente concreto en nuestra legislación procesal, y que representa un importante incremento de las garantías del derecho constitucional de defensa efectiva, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, estando en línea tanto con la letra o el espíritu de las garantías recogidas en el artículo 14.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, con el artículo 6.3 del Convenio de Roma y con la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 1988, respecto a sus derechos "a defenderse por sí mismo y a comunicar con el defensor de su elección. Pero todavía hay algo más y que dentro de este marco de garantías constituye otra de las conquistas que la reinstauración del jurado trae a nuestro sistema de administración de justicia penal: "La muerte del banquillo". Con su supresión, de forma práctica y tangible y no meramente declarativa y programática, se verifica que el inculpado debe ser tenido por "inocente" al menos hasta que se declare su culpabilidad en virtud de sentencia firme, al punto de que -en abierto contraste con la situación anterior en que aparecía como ya condenado, sentado en el banquillo, muchas veces hasta esposado-, y ahora toma asiento en una silla digna, similar a la de su Letrado y junto a él, para poder comunicarse y consultarle, en la medida que su defensa e intereses legítimos lo requieran; asimismo en coherencia con los postulados del artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Lástima es tener que constar que tamaño progreso haya quedado constreñido a los juicios con jurado, desaprovechando una vez más el magnífico ejemplo que -a este respecto- nos ofrece la experiencia judicial anglosajona.

Y ya para finalizar, quisiera referirme a la infrutilización que tiene lugar en España del otro elemento participativo del común de los ciudadanos en la Administración de Justicia: los jueces legos. Frente a una justicia de paz como la inglesa, que supone una amplísima intervención del elemento lego en los órganos jurisdiccionales, la justicia de paz continental o bien aparece como algo insignificante, o, simplemente, no existe en absoluto. La competencia en materia criminal de los juzgados de paz ingleses es siempre de primera instancia, y para valorar su peso en el sistema criminal basta decir que en ellos se juzga entre el 96 y el 98% de la totalidad de los juicios criminales del país⁵⁵. En cualquier caso, todos los juicios criminales han de empezar en el juzgado de paz, puesto

⁵⁵ AULET BARROS, I. L., Jueces, política, cit., pp. 551-552.

que no existiendo en Inglaterra nada equivalente a la instrucción criminal, era necesario dotar al sistema de un control judicial que impidiese llevar a juicio a una persona sin contar con una mínima base probatoria. Los jueces de paz gozan de poderes amplios y flexibles en materia criminal. Pueden condenar a penas de privación de libertad hasta seis meses (y si juzgan de delitos conexos, hasta doce meses en total) e imponer multas de hasta cinco mil libras. En España, por el contrario, aunque la justicia de paz sobrevivió al período constituyente, bien que reducida como en las últimas décadas a la "mínima expresión"; expresión que cabe calificar sin ambages de puramente simbólica: faltas nimias en el ámbito punitivo y pleitos civiles de cuantía irrisoria. Como consecuencia, y a pesar de posibles entusiasmos que pueda generar la presencia de jueces legos en la administración de justicia española por la apariencia democratizadora que da al sistema⁵⁶, mucho nos tememos que nada aportan en su actual configuración a la democracia y popularidad del sistema político.

⁵⁶ Con todo, cabe poner de manifiesto la existencia en España, dentro de sectores de la judicatura y de la doctrina procesalista, de defensores de lo que denominan "justicia de proximidad" y que trata de incorporar a nuestro ordenamiento la experiencia jurídica anglosajona. Vid., por todos, BANDRÉS, I. M., "El desafío democrático de la justicia de proximidad", en *Jueces para la Democracia*, 48, 2003, pp. 88-95.





Gráfica e Editora LCR Ltda

Rua Israel Bezerra, 633 - Fone: (85)3272-7844
Bairro: Dionísio Torres
Fortaleza - Ceará