

FOOS

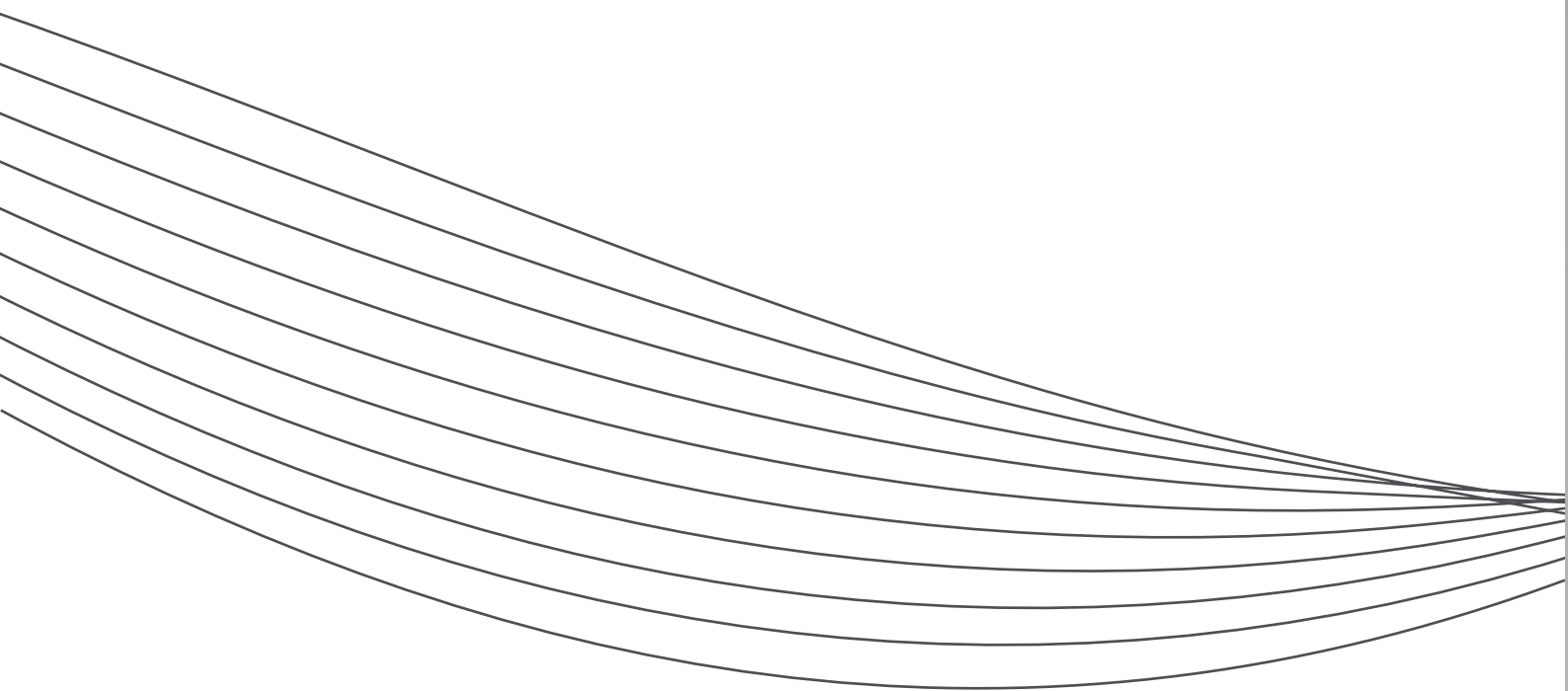


REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO - V. I - N° I - ANO I

ISSN 1980—7430

DOM

BOSCO



FEOS



DOM
BOSCO

EOS — Revista Jurídica da Faculdade de Direito / Faculdade Dom Bosco. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. — v. 1, n. 1 (jan./jun. 2007) — . — Curitiba: Dom Bosco, 2007 — .

Semestral.

ISSN 1980—7430

1. Direito – Periódicos. I. Faculdade Dom Bosco. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito.

CDD 340

EOS

Revista Jurídica da Faculdade de Direito

ISSN 1980—7430

DIRETOR-PRESIDENTE DO GRUPO EDUCACIONAL
DOM BOSCO

Luiz Fernando Villas Bôas

PRESIDENTE DO CONSELHO CORPORATIVO DO GRUPO
EDUCACIONAL DOM BOSCO

Ricardo Elias Nakid

DIRETOR DO CAMPUS MARUMBY

Augusto César Tosin

COORDENADOR DO CURSO DE DIREITO

Prof. Msc. Luciano Tinoco Marchesini

Prof. Msc. Roggi Attilio Ercole Filho

COORDENADORA DO NÚCLEO DE PESQUISA DO
CURSO DE DIREITO

Profa. Msc. Tais Martins

COMISSÃO EDITORIAL

Prof. Dr. Aloísio Surgik

Profa Msc. Ana Carla Hamatiuk

Profa. Esp. Carolina Fátima de Souza Alves

Prof. Msc. Cristiano Dionísio

Prof. Esp. Evilásio Gentil de Souza Neto

Profa. Dra. Gisela Maria Bester

Profa. Esp. Kátia Regina Isaguirre Torres

Prof. Msc. Marcelo Miguel Conrado

Prof Msc. Marcos Alves da Silva

Prof. Msc. Marcus Paulo Rycembel Boeira

Profa. Dra. Maria Berenice Dias

Profa. Dra. Marielda Ferreira Pryjma

Prof. Esp. Robinson Marçal Kaminski

Profa Msc. Romualdo Flávio Dropa

Profa. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro

Profa. Msc. Tais Martins

Prof. Msc. Walter Guandalini Junior

Prof. Dr. Zulmar Fachin

JORNALISTA RESPONSÁVEL

Verônica Macedo (MTB 2232 / PR)

BIBLIOTECÁRIA

Lina Harumi Nozima

ANÁLISE DE LÍNGUA

Yara Wojslaw Pereira Dias

REVISÃO

Tatiane Valéria R. de Carvalho

DIAGRAMAÇÃO

Marline Meurer

CORRESPONDÊNCIA

Faculdade Dom Bosco

Coordenação do Núcleo de Pesquisa

Campus Marumby

Av. Wenceslau Braz, 1172

Guáira 81010-000

telefone: 41 3213-5239

e-mail: taismartins@dombosco.com.br

Tiragem

1 000 exemplares

APRESENTAÇÃO

Os profissionais do Curso de Direito da Faculdade Dom Bosco reuniram-se para organizar o lançamento de uma revista que atendesse a todos os que se dedicam, direta ou indiretamente, à área do Direito, tendo como principal escopo a manifestação livre dos diversos matizes que compõem os saberes acadêmico e científico.

De início pensaram numa revista eletrônica, o que ainda não se descartou, mas, uma vez constituída a comissão, seus membros se deram conta de que, antes de uma revista eletrônica, o Curso de Direito haveria de ter uma revista jurídica propriamente dita. Também entenderam ser indispensável uma publicação científica de direito que militasse na divulgação de idéias, na circulação de teses e no debate. Por essa razão, esta primeira edição da Revista Jurídica da Faculdade Dom Bosco apresenta cunho interdisciplinar, versando sobre temáticas jurídicas diversificadas, pois diversificado é o interesse e o debate que se pretende despertar.

Esta publicação também se reveste de significado especial para todos que participaram de sua elaboração e aceitaram o desafio de criar um espaço para trocas e reflexões, considerando que o trabalho científico não encerra sua conseqüência numa produção técnica, mas se presta a despertar o interesse jurídico em todo o operativo da comunidade jurídica. Isso nos traz alegria e, acima de tudo, muita responsabilidade.

Vinculada visceralmente e não episodicamente com as transformações da profissão e da sociedade, por intermédio de sua revista EOS, a Faculdade Dom Bosco deseja contribuir substantivamente no sentido de aportar produções de profissionais e acadêmicos, com o intuito de despertar a vocação literária, como instrumento de melhor ressonância às transformações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais produzidas diuturnamente. Trata-se, portanto, de espaço privilegiado para criação e ampliação das discussões que marcam este momento de imensas exigências e contínuas afirmações e transformações “no corpo e no espírito” dessa profissão. O primeiro número nasce dessa forma, com a pretensão de tornar-se liame dos que se seguirão, abrindo espaço para o debate científico e servindo como meio para a divulgação de idéias de professores e pensadores do direito, o que, imaginamos, privilegiará o aprimoramento dos leitores e, conseqüentemente, valorizará o conhecimento científico.

A publicação da revista será semestral, compreendendo trabalhos de profissionais nos primeiros dois números e, ad futuram, vinculada a concursos para a produção discente.

Os textos selecionados retratam uma preocupação com o alto nível científico, pautado na primazia da promoção de debates entre idéias e ideais, sem restrições de natureza ideológica. Para dar baldrame às demais edições da revista, assentamos, nesta primeira, bases firmes na qualidade da argumentação dos colaboradores e na relevância de suas temáticas.

Imaginamos, assim, disponibilizar mais um espaço de criação científica aos docentes da Instituição, destinado também à contribuição de professores externos a esta e à produção de artigos científicos do corpo discente, estimulando-os desde cedo à pesquisa jurídica, e, por fim, fornecer às comunidades local e regional diagnósticos para problemas sociojurídicos, contribuindo, de alguma maneira, para políticas jurídicas em esferas administrativas mais amplas e, por conseguinte, na valorização da cidadania.

Desejamos que nossas expectativas se corporifiquem, e que este projeto que ora se materializa seja coroado de absoluto sucesso.

Professora Tais Martins



www.dombosco.com.br

FEOS

SUMÁRIO

Artigo 01 08
Por que, em que Sentido e em Nome de que
Tipo de Empresa o Estado Contemporâneo
Deixa de Ser Empresário para Tornar-se Mínimo?

22 **Artigo 02**
Internacionalização do Direito
Contratual

Artigo 03 28
Ensaio sobre a Incidência dos
Direitos Fundamentais na Construção
do Direito Privado Brasileiro
Contemporâneo Mediante o Direito
Civil-Constitucional no Brasil

32 **Artigo 04**
O Direito de Propriedade Sob o
Enfoque da Teoria de Direito e
Economia

Artigo 05 43
A Democracia na Era da Sociedade
de Massas: Educação e Política na
Idade Contemporânea

Artigo 06 59
“A Ética da Libertação de
Enrique Dussel e a Necessidade
de um Novo Paradigma Libertador
Homossexual diante do
Androcentrismo Vigente no Meio
Jurídico Brasileiro”

71 **Artigo 07**
Responsabilidade Social do Jurista e
Ensino Jurídico: Um Breve Diálogo
entre o Direito e a Pedagogia

Artigo 08 85
Cidadania e Informação — o
Conhecimento como Agente de
Inclusão na Sociedade Globalizada

92 **Artigo 09**
Supranacionalidade no Mercosul:
Desafios e Dilemas para Novos
Tempos!

Artigo 10 108
O Direito como Acontecimento:
por uma Análise Estratégica das
Práticas e do Discurso Jurídico

Artigo 01

Por que, em que Sentido e em Nome de que Tipo de Empresa o Estado Contemporâneo Deixa de Ser Empresário para Tornar-se Mínimo?*

de Gisela Maria Bester Benitez**

1. Esclarecimentos prévios. 2. Do Estado Liberal Clássico ausente ao Estado empresário do social. 3. Quem mais ganha e quem mais perde na tensão entre o bondoso e forte Estado social e o elegante Estado neoliberal globalizado. 4. Há uma paradoxal mescla dos modelos econômico-estatais encampados pelos países? 5. Significado de “Estado mínimo” nos países centrais ou desenvolvidos. 6. Significado de “Estado mínimo” nos países periféricos. 6.1. O encolhimento do Estado brasileiro e o tipo de empresa beneficiada. 6.2. Para onde vai o Estado brasileiro? Do mínimo ao nada? 6.3. O Estado é mínimo, mas sua voracidade arrecadadora é máxima! 7. Considerações finais. 8. Referências.

RESUMO: O artigo propõe uma reflexão acerca da problemática que envolve os conceitos de Estado empresário e Estado mínimo na contemporaneidade, notadamente para evidenciar como o neoliberalismo atua de forma diferenciada nos processos de retirada de investimentos estatais na área social e nas correlatas estratégias de se beneficiar empresas privadas nacionais ou transnacionais, conforme sejam os Estados desenvolvidos ou periféricos.

Palavras-chave: empresa nacional e transnacional; Estado empresário; neoliberalismo; Estado mínimo; direitos sociais.

1. Esclarecimentos prévios

É intrigante ver como e por que os Estados contemporâneos, pouco a pouco, uns com mais, outros com menos pressa, vão largando seu papel de promotores do bem-estar social. Nas análises que se fazem acerca desse fenômeno, sempre aflora a qualificação de “mínimo” ao Estado que leva adiante essa empreitada. É o típico Estado que deixa de ser empresário. Resta saber, no entanto, se os Estados efetiva e definitivamente abrem mão de ser empresários ou se fazem uma seleção dos nichos econômicos nos quais querem continuar atuando, descartando outros que não lhes parecem mais prioritários; e, por outro lado, se quando deixam de ser empresários em dados ramos da economia o fazem para fortalecer as empresas privadas nacionais ou agem a favor das empresas conglomeradas multi ou transnacionais. Pretende-se, com este texto, lançar algumas luzes sobre esta sorte de questionamentos no âmbito do Direito, ainda que a temática não seja nova em outras áreas, especialmente na Economia. Mas não se engane o leitor: esboçam-se aqui apenas idéias, princípios de reflexões que visam a catapultar outras reflexões. Assim, sem qualquer pretensão de fechar questão, este artigo é feito justamente para lançar questões, mormente quanto ao Estado brasileiro, que deixa de ser empresário para aparentemente tornar-se coisa

nenhuma, embora continue cobrando de seus jurisdicionados produtivos um preço bem alto por isso.

2. Do Estado Liberal Clássico ausente ao Estado empresário do social

O Estado Liberal de Direito – expressão jurídica da democracia liberal durante todo o século XIX e os primeiros decênios do século XX –, também dito “Estado Não-Interventor” ou “Estado Gendarme” na acepção de Kant, deu livre passagem ao fortalecimento do capitalismo e do mercado, tendo como divisa o aforismo econômico *laissez faire, laissez passer*, criado pelos fisiocratas do século XVIII, apenas regulando as formas pelas quais as relações se davam na sociedade. Paulo Bonavides ensina que a cláusula kantista “do respeito mútuo da liberdade de cada um” converteu-se em domínio das aptidões individuais, e pois, do individualismo. Por isso mesmo, segue o constitucionalista, foi um Estado ridicularizado por Ferdinand Lassalle, por ser “demissionário de qualquer responsabilidade na promoção do bem comum.”¹ Segundo Eros Roberto Grau, a esse Estado “estava atribuída, fundamentalmente, a produção de direito e segurança”, não se admitindo que interferisse na “ordem natural da economia, ainda que lhe incumbisse a defesa da propriedade”². Garantia e fazia

* Uma primeira versão deste artigo foi publicada na seguinte obra coletiva: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (Coord.). **Direito empresarial e cidadania: questões contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 127-53.

** Mestra e Doutora em Direito. Autora de obras na área de Direito Constitucional. Professora das Faculdades Integradas Curitiba.

¹BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. p. 28.

²GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. p. 14.

valer os direitos à liberdade e à propriedade – os que mais interessavam à classe burguesa – sem se importar com as necessidades prementes das parcelas desfavorecidas da população, isto é, com a efetiva realização material dos direitos ligados ao princípio da igualdade. Previa apenas uma igualdade formal, a mera igualdade de todos perante a lei, regra de ouro do constitucionalismo liberal. Isso levou à insuficiência de igual tratamento entre desiguais, notadamente na primeira metade do século XX: “na ironia de Anatole France, a lei reconhece igualmente a pobres e ricos o direito de dormir debaixo das pontes de Paris”³.

Logo, a principal incongruência apresentada no processo de desenvolvimento formal das instituições do Estado Liberal, apontada dentre outras por Kühnl, foi justamente a tensão permanente entre “liberdade” e “igualdade”, disputa na qual esta era reduzida a uma simples “igualdade perante a lei”, desprovida de qualquer conteúdo social⁴. Essa falha do Estado Liberal acabaria por ameaçá-lo em suas próprias bases e fundamentos, o que se deu por meio da reação dos alijados do poder e do gozo de seus direitos, em sua esmagadora maioria proletários.

O proletariado, que surgiu e se consolidou como nova classe social com as várias etapas da Revolução Industrial, viu nos direitos à associação e ao sufrágio as armas para melhorar sua situação, organizando partidos e sindicatos de massas. Daí que a história do século XIX foi a de uma luta constante pela conquista desses direitos, ao mesmo tempo que se foi consolidando o socialismo, que justificava o protagonismo social e político dos trabalhadores, tendo alcançado na obra de Karl Marx⁵ a sua fundamentação científica.

Na análise de Eros Grau foram as “imperfeições do liberalismo” (resumidas “no surgimento dos monopólios, no advento de cíclicas crises econômicas e no exacerbamento do conflito capital X trabalho”), “associadas à incapacidade de autorregulação dos mercados” que “conduziram à atribuição de nova função ao Estado”⁶.

Nesse quadro, data das duas primeiras décadas do século XX o esboço de um tipo de Estado que, diante da incapacidade de o modelo liberal-individualista e não-interventor até então predominante dar conta de administrar em níveis sustentáveis as desigualdades sociais próprias do liberalismo econômico e a pauperização gerada pela Primeira Guerra Mundial, teve chamada a si a responsabilidade para agir de forma mais marcante. Os primeiros textos constitucionais em que essa

moldura de Estado dito social foi desenhada, via normas que sinalizavam programas de ações estatais, foram o mexicano de 1917 e o weimariano de 1919. Foram as pioneiras *Constituições dirigentes*, que impulsionavam o *Estado* a ser um *empresário* em nome dos interesses de uma coletividade de desvalidos, empobrecidos, excluídos do gozo da falsa idéia de igualdade social, cuja concretização era impedida pelo fator econômico. A colocação em prática desse *Estado Benfeitor*, no entanto, somente se verificou com maior efetividade a partir das teorizações de John Maynard Keynes, sobretudo após a crise econômica de 1929, passando pelo *New Deal* e vindo a generalizar-se depois de 1945, impondo-se como vigente em grande parte dos países ocidentais desenvolvidos (Estados Unidos, Alemanha, Inglaterra, França, Itália, etc.). O keynesianismo defendia uma intervenção estatal pesada na economia.

Com esse *Estado Providência*,

à visão tradicional dos direitos-liberdades, consagrados face ao poder, vem superpor-se a idéia de *direitos-créditos* reconhecidos aos indivíduos, e que se traduzem por um poder de exigibilidade em relação ao Estado: enquanto as liberdades clássicas estabeleciam limitações para as ações do Estado, esses novos direitos pressupõem, ao contrário, para a sua realização, a mediação estatal; e seu caráter indefinidamente extensível justifica a ampliação ilimitada do Estado na vida social.⁷

Esse novo tipo de Estado assumiu várias denominações, como *Estado Social* ou *Estado Social de Direito*, *Estado Intervencionista*, *Estado Democrático*, *Estado Social-Democrático* (esta devida a Boulding, como um tipo de Estado interessado no bem-estar e duplamente oposto aos Estados comunista e autoritário), *Estado Providência*, *Estado de Bem-Estar*, ou *Welfare State*, daí derivando também para *Estado do Bem-Estar Social*. A expressão foi inicialmente forjada na França (*État Providence*), durante o Segundo Império, por pensadores liberais como Émile Olivier, em busca de um terceiro caminho entre estatismo e individualismo. Posteriormente, na Alemanha, o termo *Wohlfahrtsstaat* seria usado pelos “socialistas da cátedra”, notadamente por Alfred Wagner, já com uma conotação mais antiliberal. E, finalmente, o termo *Welfare State* surgiu nos anos quarenta do século XX na Grã-Bretanha, com relação à análise

³TÁCITO, Caio. *O retorno do pêndulo*: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *RDA*, n. 202, p. 7.

⁴KÜHNL, R., citado por PASTOR, Manuel. *Los modelos de dominación política estatal*. p. 60.

⁵Ao averiguar as bases ideológicas do Estado Social, embora reconhecendo que Marx e Engels tenham sido a maior expressão da indignação quanto aos privilégios da burguesia capitalista nos tempos da Revolução Industrial, Paulo Bonavides afirma que houve a prevalência do pensamento rousseauiano sobre o marxista no que tange aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A liberdade individual do Estado Liberal passou a ter uma compreensão social com a doutrina da *volonté générale* de Rousseau. BONAVIDES, P. *Do Estado liberal ao Estado social*. p. 173 e passim.

⁶GRAU, E. R. *Op. cit.*, p. 15.

⁷ESTADO PROVIDÊNCIA. In: DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO de teoria e de sociologia do direito. p. 320 (grifo original).

keynesiana, tornando-se amplamente difundido tanto nos círculos jornalísticos quanto nos acadêmicos depois da Segunda Guerra Mundial. Visava a descrever um Estado que, em contraposição ao anteriormente mencionado “Estado do vigia noturno” – próprio do século XIX e preocupado essencialmente com a proteção da propriedade –, “utilizaria o aparato do governo para conceber, implementar e financiar programas e planos de ações destinados a promover os interesses sociais coletivos de seus membros”⁸. Destruiria, assim, os “cinco males gigantes”, conforme William Beveridge, quais sejam, a escassez, a doença, a ignorância, a miséria e a ociosidade.

Esse o Estado Intervencionista ou o típico *Estado Empresário*, que interviria deliberadamente para “limitar ou modificar as conseqüências da livre operação das forças de mercado em circunstâncias nas quais indivíduos e famílias fossem confrontados com contingências sociais consideradas como demasiadamente fora de seu controle, em especial o desemprego, a doença e a velhice”⁹. Seria mais, no entanto, do que mero “estado de serviço social”, pois além de serviços sociais relacionados mais especificamente à saúde e à educação, ofereceria a todos os seus cidadãos, de forma abrangente, os melhores serviços disponíveis, sem fazer distinção quanto a *status* ou classe. E mais: por meio dos impostos apresentaria caráter redistributivo da renda. Em todas essas características localiza-se a sua “*bondade*” e a sua força.

As origens propriamente ditas do Estado de Bem-Estar remontam à criação de “serviços sociais”, fornecidos pelo Estado na esteira da industrialização do século XIX, com particular ênfase na Alemanha de Bismarck, e à Grã-Bretanha dos primórdios do século XX. Nasceu, assim, com a finalidade imediata de socorrer os necessitados, mas durante a Segunda Guerra Mundial acabou perdendo esse estrito caráter de ajuda aos pobres, ligando os esforços de guerra e a preocupação com o bem-estar. Esse tipo de Estado foi defendido academicamente, entre outros, pelo sociólogo inglês T. H. Marshall, para quem o Estado de Bem-Estar era a “culminação de um longo processo que havia começado com a afirmação dos direitos civis, passando pela luta pelos direitos políticos e terminando com a identificação e o estabelecimento dos direitos sociais”¹⁰. Seguindo a perspectiva britânica, Marshall explicava a ascensão do Estado de Bem-Estar evidenciando ser mais importante a ampliação do ideal de cidadania do que o aumento do âmbito de poder do Estado¹¹.

3. Quem mais ganha e quem mais perde na tensão entre o bondoso e forte Estado Social e o elegante Estado neoliberal globalizado

No final dos anos 50 do século passado começaram a aparecer amplos indícios de problemas ligados à economia e à política do Estado de Bem-Estar, embasando críticas acadêmicas ao seu próprio conceito, provindas tanto da esquerda quanto da direita. Era o início da sua *débâcle*. Essas críticas, não só ao conceito como também à prática (em especial a questões gerenciais), perduraram por toda a década de 60 e desembocaram na chamada “crise do Estado de Bem-Estar” (de valores, de finanças e de gerenciamento), que eclodiu nos anos 70 e perdurou pela década de 80, pelo menos na Grã-Bretanha. O questionamento ao papel “social” ou de “agente regulador da economia” que o Estado vinha desenvolvendo tornou-se mais vigoroso a partir dos anos 80 do século passado, em virtude da “afirmação dos discursos da *desregulação* e do *neoliberalismo*”¹².

Pode-se dizer que esse modelo de Estado ainda sobrevive, procurando, com dificuldades, resistir à onda *neoliberal*, pelo menos em alguns países europeus, mas é bem verdade que não goza de boa saúde financeira e seu papel social já está bastante amenizado em relação a como era no período histórico em que surgiu. Ofegante, recebe o aceno da saída imposta pelo *neoliberalismo*, tendente a fortalecer o império das leis do mercado com uma proposta de *Estado mínimo*, que luta para que não se produzam as transformações históricas que eficazmente incorporariam amplas massas sociais no desfrute de razoáveis níveis de bem-estar e de liberdade¹³. Em contraposição, os países ricos acabam precisando expandir seus mercados consumidores, o que se dá, num primeiro momento, pela formação de blocos econômicos pautados pelo livre comércio, mas, num segundo momento, isso só se daria se os países pobres efetivamente conseguissem melhorar as condições econômicas de suas populações.

Logo, o que vem ocorrendo desde o final do século XX é o desenvolvimento (desigual e combinado, intensivo e extensivo) do capitalismo pelo mundo afora, como modo de produção e processo civilizatório, abrindo ou reabrindo fronteiras: “é a emergência de uma configuração geo-histórica original, dotada de peculiaridades especiais e de movimentos próprios, que se pode denominar *global*, *globalizante*, *globalizada* ou *globalismo*”¹⁴.

⁸ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom et al. *Dicionário do pensamento social do século XX*. p. 260; e também ESTADO PROVIDÊNCIA. *Op. cit.*, p. 319.

⁹ESTADO DE BEM-ESTAR. *Op. cit.*, p. 261.

¹⁰*Idem, ibidem*, p. 261.

¹¹ESTADO DE BEM-ESTAR. *Op. cit.*, p. 261. Nesse sentido, vide também a clássica obra do sociólogo MARSHALL, T. H. *Cidadania, status e classe social*.

¹²GRAU, E. R. *Op. cit.*, p. 30.

¹³Esta análise é muito bem desenvolvida por CALERA, Nicolás María López. *Yo, el Estado*. p. 9 e ss.

¹⁴IANNI, Octávio. A era do globalismo. In: OLIVEIRA, Flávia A. M. de (Org.). *Globalização, regionalização e nacionalismo*. p. 20.

O que se costuma chamar de “Estado Neoliberal” aproxima-se de uma volta à face liberal do Estado, inicialmente como um contraponto, ou até mesmo uma tentativa de combate ao Estado Social, ou, no caso de um país como o Brasil (que nunca chegou realmente a ter um Estado Social e cuja maior chance de tê-lo dar-se-ia somente a partir de 1988, pelos princípios condensados na atual Constituição Federal),¹⁵ visando a erradicar a sua já parca parcela intervencionista.

Mas, afinal, o que se considera e como surgiu o *Neoliberalismo*? Delineou-se este como um desafio teórico,¹⁶ como uma crítica a qualquer forma de intervencionismo estatal, fosse reacionário, progressista, democrático ou totalitário, nos primórdios dos anos vinte do século XX, tendo como pedra fundamental a obra “*A Economia Comunal*”, de Ludwig von Mises. Mas foi com o seu discípulo Friedrich August von Hayek que, em 1944, com a obra “*O Caminho da Servidão*”, operou-se a sistematização dessa crítica à proteção dos interesses coletivos, ao planejamento estatal e, de modo geral, ao Estado Providência. Hayek – economista expoente da chamada “escola austríaca”, que adaptou os conceitos do liberalismo clássico para a realidade do século XX – considerava que o ideal keynesiano de forte intervenção estatal na economia levaria os Estados à quebra. Esses posicionamentos teóricos isolados passaram a ter grande penetração em vários meios intelectuais e econômicos (agregando-se aí o economista Milton Friedman, da Escola de Economia de Chicago) até chegarem, com a crise fiscal do Estado nos anos 1970, a firmar-se como a sustentação – enquanto força jurídica, política e econômica – de um novo modelo de Estado, o Estado que aqui se aborda como sendo o “Globalizado” ou “Neoliberal”. Para o êxito da socialização desse pensamento, por alguns tachada de “nova direita”, em muito auxiliou o fato de Von Hayek ter sido agraciado, em 1974, com o Prêmio Nobel de Economia. Tendo as idéias neoliberais conquistado o grande público, puderam as forças políticas de direita entrar em cena real por meio dos partidos políticos conservadores que levaram ao poder representantes dessas idéias, o que se deu inicialmente na Inglaterra (em 1979) e nos Estados Unidos (em 1980).

Com efeito, foi na Inglaterra que o economista austríaco naturalizado inglês assistiu à vitória do seu pensamento, com a assunção de Margaret Thatcher ao governo em 1979: naquele momento a teoria de Hayek iniciou a transitar para a prática, pois a “Dama de Ferro” se incumbiu de soltar as amarras da economia britânica implementando o liberalismo econômico e assim recolocando o país em velocidade de cruzeiro. Ao ter assumido o cargo de Primeira-Ministra, a Inglaterra era a menos viável das nações industrializadas, mas em seus longos onze anos e meio no poder Thatcher encolheu o governo, privatizou furiosamente, enfrentou sindicalistas e recuperou a prosperidade dos ingleses. Apesar disso, a partir de 1984 enfrentou um agravamento da situação política e social, seguindo-se um impasse econômico resultado do “relativo insucesso de suas medidas de privatização”,¹⁷ tendo sido substituída no governo britânico por John Major, em 1990.

No Brasil a bandeira da retórica neoliberal chegou ao poder com a eleição de Fernando Collor de Mello para a Presidência da República, em 1989. Depois prosseguiu mais fortemente nas duas gestões do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso.¹⁸

Na prática, um dos principais sintomas do fenômeno globalizador-neoliberal é o que se chama de “encolhimento” do Estado, caracterizando o “*Estado mínimo*”, isto é, a progressiva retirada do Estado do campo socioeconômico, como se retornasse aos postulados do Estado Liberal Clássico. Tudo de acordo com a máxima neoliberal: “menos Estado, mais mercado”. Isso é feito, em regra, por um profundo corte nos gastos sociais e por programas nacionais de “desestatização”, o que equivale a dizer “privatizações” (de bens do patrimônio estatal e dos serviços públicos). Nesse processo são desprezados os ingressos dos contribuintes por décadas e décadas para a formação de um patrimônio e de uma estrutura estatal que pudesse atender às necessidades básicas (saúde, educação, esgoto, água potável, energia, habitação, transporte público) ou, pelo menos, subsidiá-las àquela imensa parcela da população que mais delas precisa. O resultado é quase sempre invariável: aumento do hiato que separa as camadas mais abastadas da população das mais pobres.¹⁹

¹⁵Na verdade, antes disso houve tentativas de autênticos Estados Sociais com as Constituições de 1934 (esta previu, pioneiramente, o capítulo da Ordem Econômica e Social, estipulando em seu art. 115 que a liberdade econômica era garantida em limites que preservassem os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos existência digna) e de 1946, mas o que de fato ocorreu foi o desenvolvimento de um tipo de Estado “executor-produtor”, movido por uma lógica nacional-desenvolvimentista e que foi concebido por Getúlio Vargas na década de 1930 e aprofundado pelos generais que tomaram o poder em 1964. TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar:** a judicialização da política no Brasil. p. 24. Esse tipo de Estado, em que pese adotasse o modelo regulador e financiador da atividade econômica, não tinha como prioridade o ataque às desigualdades sociais. Ao contrário, quando terminou o ciclo do Estado desenvolvimentista do regime militar, em meados da década de 1980, o que restou foi uma sociedade de extremados contrastes sociais e de rendas, além de uma dívida externa de índices alarmantes.

¹⁶Pode-se entender por “neoliberalismo” a doutrina político-econômica que “representa uma tentativa de adaptar os princípios do liberalismo econômico às condições do capitalismo moderno” e que, tendo se estruturado no final da década de 30 do século passado, acredita, tal qual a escola liberal clássica, que a vida econômica é regida por uma “ordem natural” formada a partir das livres decisões individuais e cuja mola propulsora é o mecanismo dos preços. A partir daí os neoliberais defendem o “disciplinamento” da economia de mercado, não para asfixiá-la, mas para garantir-lhe sobrevivência, uma vez que, ao contrário dos antigos liberais, não acreditam na autodisciplina espontânea do sistema. Esse disciplinamento da ordem econômica deve ser feito pelo Estado para combater os “excessos” da livre-concorrência, objetivo que deve ser perseguido também pela criação dos chamados “mercados concorrenciais”, do tipo “Mercado Comum Europeu”. NEOLIBERALISMO. In: SANDRONI, Paulo (Org.). **Dicionário de economia**. p. 214.

¹⁷THATCHER. In: GRANDE ENCICLOPÉDIA Larousse Cultural. p. 5 669.

¹⁸GRAU, E. R. *Op. cit.*, p. 36-7.

¹⁹Nicolás María López Calera é um dos autores que atesta que “as leis do mercado, caminhando sob o manto dos Estados mínimos, não servem para produzir um bem-estar em igualdade e em liberdade”. CALERA, N. M. L. *Op. cit.*, p. 10. Veja-se também o cru e ácido balanço de Hans-Peter Martin e Harald Schumann a respeito da armadilha da globalização: “Chegamos à encruzilhada de dimensões globais, que se caracteriza, para a maioria da humanidade, por um cotidiano não de ascensão e bem-estar, mas de decadência, destruição ecológica e degeneração cultural.” MARTIN, Hans-Peter; SCHUMANN, Harald. **A armadilha da globalização**. O assalto à democracia e ao bem-estar social. p. 47.

No entanto, essa descrição de privatização parece coincidir muito mais com o processo que se desencadeia nos países periféricos do que com aquele ocorrido nos países centrais. Veja-se o esclarecimento oferecido pela própria Margaret Thatcher, em 1994, a respeito das privatizações ocorridas em seu país – o pioneiro nesse tipo de liberalização da economia –, ao ser informada de que quem se opõe à privatização das estatais no Brasil costuma dizer que privatizar é pegar algo que é propriedade de todos e dar de presente a alguns: “Ninguém está dando nada a ninguém. A verdade é o contrário: em geral as estatais têm de ser subsidiadas com o dinheiro dos contribuintes. O governo não sabe administrar empresas, quase sempre o faz de modo inepto. Logo, logo a empresa está perdendo dinheiro, e o contribuinte tem ao mesmo tempo de comprar o que ela produz e pagar o prejuízo”²⁰.

Trata-se, no *Estado Globalizado*, “de uma formação social global, desigual e problemática, mas global; uma configuração geo-histórica, social, econômica, política e cultural contraditória, ainda pouco conhecida em sua anatomia e em sua dinâmica”²¹. Muitos autores utilizam o qualificativo “*Neoliberal*” para a fase atual do Estado, isso porque, embora tal formação social global esteja impregnada de tendências ideológicas várias, de diversas correntes de pensamentos, de diversificados grupos e movimentos sociais, de múltiplos partidos e correntes de opinião política, é o neoliberalismo a corrente de opinião pública “que parece predominante nos anos pós-guerra fria”, ao ponto de ser, nos países dominantes, a “ideologia oficial”²².

Esse Estado, também dito *Gestor* ou *Gerencial*, é um fenômeno das últimas décadas do século XX, inserindo-se na *nova ordem internacional*, deflagrada pela disparidade tecnológica e econômica entre o mundo capitalista e socialista, entre os dois pólos de poder da Ordem Internacional da Guerra Fria, tendo a queda do Muro de Berlim (1989) como marco inicial. Mas as origens

dessa “nova ordem” podem ser vistas muito antes, ainda que de forma tênue.²³ Enquanto antigas potências da Guerra Fria, EUA e Rússia fizeram pesados investimentos na corrida armamentista e aeroespacial no segundo meio século XX, o que favoreceu os países capitalistas, que se constituíram num peso para os socialistas, ocasionando tensões e dificuldades econômico-políticas. A crise do socialismo que atingiu a Europa do leste a partir do início da década de 80 foi consequência direta desses fenômenos. Como resultado, o mundo foi conduzido a novas formas de relações internacionais, alterando-se de maneira profunda (até mesmo pelo “redesenho” do mapa-múndi a partir do esfacelamento da União Soviética) a ordem que vigia desde a Segunda Guerra Mundial²⁴.

Esse conflito ideológico Leste-Oeste foi substituído pelo conflito econômico Norte-Sul, acirrando-se as desigualdades econômicas entre os ditos *países centrais e periféricos da nova ordem*. Nesse sentido mais atual de “nova ordem”, Eros Grau entende que “o capitalismo, inicialmente ‘ordenado’ no interesse de cada Estado, vai à busca de uma ‘ordenação internacional’ – a *ordem econômica internacional* – que enseja aos Estados desenvolvidos recolher nos subdesenvolvidos as parcelas de mais-valia já não coletáveis internamente de modo intenso”²⁵. É a era dos megablocos econômicos regionais, da globalização e de globalismos, da ideologia neoliberal como uma espécie de volta aos antigos princípios do Estado Liberal, porém com nova roupagem, mais perversa para os países de periferia, como é o caso de todos os da América Latina em relação ao poderio dos Estados Unidos. Embora existam outros blocos econômicos (União Européia, Tigres ou “Dragões” Asiáticos, Mercosul), são mais uma vez os Estados Unidos que, por meio do Nafta (Acordo de Livre Comércio da América do Norte, integrando EUA, Canadá e México) e pelo Consenso de Washington,²⁶ pretendem, e de certa forma conseguem, comandar a cena da nova ordem econômica internacional.

²⁰Isso ficou mais claro quando a ex-Primeira-Ministra descreveu a primeira privatização do seu governo: “Foi no setor siderúrgico. O aço produzido pela estatal custava ao povo inglês 1,5 bilhão de dólares por ano em subsídios. Pouco depois da privatização, o aço já rendia ao Tesouro – ou seja, ao povo – 330 milhões de dólares anuais. Outro ponto positivo: o dinheiro fruto da venda das estatais vai direto para o Tesouro, o que, mais uma vez, quer dizer para o povo. Mais dinheiro na caixa do Tesouro significa menos necessidade de impostos e até menos dívida pública. Ou seja, não se está dando nada de graça. As pessoas estão comprando o que o governo vende, o Tesouro deixa de ter prejuízo e passa a ter renda. É um ótimo negócio para quem paga imposto.” (Os campeões do liberalismo. *Veja*, edição especial n. 26, p. 72, set. 2003.)

²¹IANNI, Octávio. *Op. cit.*, p. 22.

²²*Idem, ibidem*, p. 22.

²³Teoricamente o assunto passou a ser tratado nos anos 70 do século passado, por autores como o holandês Jan Tinbergen (economista e estatístico ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1969). Por sua vez o conceito “nova ordem econômica internacional” foi “proposto pelos países em desenvolvimento para a reestruturação das relações econômicas internacionais numa base de justiça e igualdade”. Essa exigência foi pela primeira vez formulada na IV Conferência de Chefes de Estado e de Governos dos Países Não Alinhados, em Argel, no ano de 1973. NOVA ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL. In: DICIONÁRIO de política internacional. p. 267-8.

²⁴SCALZARETTO, Reinaldo; MAGNOLI, Demétrio. *Atlas Geopolítica*. p. 50.

²⁵GRAU, E. R. *Op. cit.*, p. 22 (grifado no original).

²⁶Luiza Helena Moll esclarece que embora toda essa fase de reforma do Estado atualmente vivenciada nos marcos da onda neoliberal, da globalização dos mercados e da internacionalização da economia possa parecer “um fenômeno desencadeado naturalmente, como uma força inelutável, na verdade faz parte de um projeto de governo implementado a partir de um conjunto de diretrizes definidas pela conferência de 1989, realizada em Washington por economistas, organizada pelo *Institute for International Economics* daquela metrópole americana, diretrizes que se tornaram conhecidas por ‘Consenso de Washington’ (expressão cunhada há 10 anos por John Williamson). Não se tratou, como muito bem afirma José Luís Fiori, economista professor da UFRJ, de uma maçonaria conspiratória, mas de um conjunto de idéias comungadas pelos quadros burocráticos de grandes organismos internacionais e americanos, como o FAD, o BID, o FMI, o BIRD e até as Nações Unidas e a OMC, todos pensando as mesmas soluções para a crise dos estados das 77 economias da periferia do capitalismo, primordialmente as da América Latina, mergulhadas na estagnação econômica provocada por inflação, recessão, dívida externa e déficit público, para que tais economias pudessem retomar o crescimento, o desenvolvimento econômico e, quiçá, realizar a justiça social.” A autora aponta essas razões como expressas, fazendo menção a outras, latentes, “que dizem respeito ao interesse específico da economia dos Estados Unidos”. MOLL, Luiza Helena. Uma experiência de ensino do novo direito econômico. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 38, p. 396. Para ter-se uma idéia mais completa a respeito desse assunto, vide a quinta edição da obra de Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica), especialmente os capítulos 1 e 2, concernentes aos temas do neoliberalismo, da globalização e das privatizações. Vide também: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil*: para uma nova interpretação da América Latina, e TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*.

Do *Consenso de Washington*, diz Luiza Moll, emanaram medidas de política econômica, de macroeconomia, “pensadas do centro para a periferia do sistema econômico mundial, que tinham em vista primordialmente preservar a saúde da economia dos Estados Unidos”²⁷. Segundo ela, fez parte desse receituário o esforço para a austeridade e o equilíbrio fiscal ao máximo, o que passou e passa inevitavelmente por um programa de reformas fiscais, administrativas e previdenciárias, todas visualizando corte violento no gasto público. Por outro lado, aquelas medidas implicaram a abertura irrestrita dos mercados terceiromundistas, a desregulamentação da economia, a privatização dos serviços públicos estratégicos por via da *venda das empresas estatais para grupos de capitais privados*, além do enquadramento numa moldura dada pela aprovação da Lei de Patentes e do *tratamento paritário do capital estrangeiro com o nacional*²⁸.

É o globalismo a face atual do Estado, sendo que na base daquela ruptura do mundo bipolarizado em capitalismo e comunismo, que abalou a geografia, a história, o direito, a economia, a sociologia e outras ciências no apagar do século XX, está precisamente a *globalização do capitalismo*. O Estado na globalização pode coadunar-se com qualquer tipo de ideologia, já mostrando s tentáculos até naqueles países que se organizavam nos moldes socialistas, tudo facilitado pela transnacionalização do capitalismo, por organizações multilaterais e pela generalização dos meios de comunicação, sintetizando as estruturas de dominação política e apropriação econômica que o caracterizam. Tanto é assim que, quando “as estruturas globais de poder se formam, se desenvolvem e se generalizam, nessa época alteram-se, reduzem-se ou mesmo podem anular-se as condições de soberania e hegemonia que se haviam constituído com base no parâmetro representado pela sociedade nacional, pelo estado-nação ou pelo nacionalismo”²⁹.

Jacques Chevallier faz referência a um “*Estado modesto*”, indicando o movimento geral que o Estado atual conhece no sentido de uma retração, reduzindo a sua influência sobre a vida social. O autor indica também a fragmentação dos aparelhos do Estado pela implantação do modelo britânico das “*Agências*

Executivas”, as quais tendem a se difundir no mundo ocidental,³⁰ privando os governantes dos meios de ação tradicionais pelos quais dispunham sobre os serviços administrativos, o que conduz a uma espécie de “governo à distância”. Alerta, por fim, para o fenômeno de “banalização” do Estado, pelo qual há por muito tempo certa e evidente separação público / privado (implicando sistemas de valores e dispositivos normativos diferentes), passando a ser comprometida pelo esfumaçamento das fronteiras e pelo apagamento dos sinais distintivos que marcavam a especificidade do público, atingindo, em última instância, a constituição simbólica do Estado³¹.

Enfim, atualmente a globalização do capitalismo está em praticamente todos os países, independentemente de seus regimes políticos e de suas tradições culturais. E identificar se um Estado Globalizado traz consigo a experimentação concreta dos postulados do neoliberalismo é fácil: basta verificar, em primeiro lugar, as inversões de capitais e inovações tecnológicas promovidas por *corporações transnacionais e associações destas com empresas nacionais estatais*; em seguida, é só perceber se, paralelamente, são realizadas no país reformas institucionais e constitucionais, compreendendo a desestatização de empresas, a paulatina desregulação da economia, a diminuição da verba estatal para as questões sociais, a mudança da legislação trabalhista para flexibilizar as relações de trabalho³². Nesse processo se promove a abertura dos mercados, facilitando a formação de trustes, cartéis e monopólios também transnacionais.

Uma síntese das propostas liberais, a partir da escola austríaca do economista F. von Hayek, estabelece que “o mercado e a liberdade de iniciativa econômica, a operar sem interferência do Estado, são motores intocáveis do dinamismo capitalista e da prosperidade social”, tendo como cartilha: a “estabilidade monetária”, o “equilíbrio fiscal”, a “desregulamentação” e a “ampla privatização”³³.

Foi assim que o Estado do fim do século XX passou a deixar, aos poucos, de ser ator protagonista, de intervir economicamente, passando a ser um “gestor”, mero coadjuvante na atuação das forças econômicas do livre mercado, encampando,

²⁷MOLL, L. H. *Op. cit.*, p. 397.

²⁸*Idem, ibidem*, p. 397.

²⁹IANNI, O. *Op. cit.*, p. 24.

³⁰Veja-se, em junho de 2001, por exemplo, no caso brasileiro, a existência das seguintes agências – ditas “de regulação dos mercados” – no âmbito federal: a Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), a ANP (Agência Nacional do Petróleo), a ATP (Agência Nacional de Transportes), a ANA (Agência Nacional de Águas) e a ANAC (Agência Nacional da Aviação Civil), esta última então em fase de discussões do Projeto de Lei que a instituiria, podendo ainda ser incluído entre elas o próprio CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que regula a concorrência e para o qual também há projeto tramitando com vistas a convertê-lo em agência. Conforme Luiza Moll, são atividades dessas agências: “a regulação dos preços, a fiscalização da qualidade dos serviços prestados, o cumprimento dos contratos de concessão, a continuidade na prestação, a economicidade do modelo de prestação adotado, o respeito ao direito dos consumidores”, dentre outras. Para saber mais, vide MOLL, L. H. *Op. cit.*, p. 400, e também COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à Lei n. 8 884/1994.

³¹CHEVALLIER, Jacques. *L'État*. p. 112-6.

³²O Fundo Monetário Internacional já há certo tempo recomenda claramente que os países membros tornem livres as demissões por justa causa e também não só diminuam os valores, como privatizem as aposentadorias, alegando que um sistema de “proteção social” destrói oportunidades de criação de empregos. CAMDESSUS, Michel. **La cooperación internacional para lograr un crecimiento de alta calidad**: el papel de FMI a los 50 años de su creación. p. 22 e ss. Acompanhe-se discussão extremamente atual sobre o assunto no cenário brasileiro, haja vista que o STF iniciou, em 2/10/03, o julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade que acusa de inconstitucional a denúncia unilateral que o governo brasileiro fez, em 1996, da Convenção n. 158 da OIT, protetiva dos trabalhadores contra as despedidas arbitrárias.

³³OLIVA, Luiz Antonio Lucena de. **Ética, utopia e globalização**. p. 59.

desse modo, o modelo do *Estado Gerencial*, que foi apregoado nas obras, dentre outros tantos autores, do ex-Ministro brasileiro da Administração e Reforma do Estado, Bresser Pereira. José Joaquim Gomes Canotilho, muito recentemente, adjetivou esse tipo de Estado de *Estado Elegante*,³⁴ em clara alusão ao que se conhece como “Estado Mínimo” ou “Estado Reduzido”. Atualmente esse encolhimento estatal continua, e em níveis que indicam sendeiro para um *Estado menos que mínimo* ou, “*tendente a zero*”³⁵. Resta descobrir em que grau e em que sentido esse processo se dá conforme sejam os países centrais ou periféricos, o que será visto em itens subsequentes.

Lamentavelmente, parece que esse processo globalizador neoliberal veio para ficar, e que, por um mecanismo perverso, suas iniciativas levam os trabalhadores às condições iniciais de trabalho do Estado Liberal, isto é, praticamente sem qualquer regulamentação estatal; uma idéia básica a respeito das nefastas conseqüências disso nas suas vidas pode ser apreendida na obra *O Horror Econômico*, de Viviane Forrester. Certo é que os trabalhadores chegam ao cúmulo de se submeterem a salários menores (o que inclusive é inconstitucional para os brasileiros), a jornadas menores, à desproteção legal, tudo para poderem manter um emprego. Esse quadro parece dar razão ao que diz Joan Robinson, referido na abertura da obra *Manual do Perfeito Idiota Latino-Americano*: “só há uma coisa pior do que ser explorado pelo imperialismo; é não ser por ele explorado”,³⁶ permitindo concluir-se que aquele Estado de Bem-Estar Social vem se transmutando num Estado “de mal-estar” para os trabalhadores e hipossuficientes. Na verdade, trata-se de um tipo de sociedade que vem substituindo a exploração pela exclusão³⁷.

Pode-se avaliar, assim, após a exposição dessas idéias, quem mais sai ganhando e quem mais sai perdendo nesse conflito de fins e de meios verificado entre um Estado de tipo Social e um Estado de tipo Neoliberal.

4. Há uma paradoxal mescla dos modelos econômico-estatais encampados pelos países?

Se essa guinada de um Estado de tipo social a um Estado de perfil neoliberal é criticada até nos países que já viveram um autêntico Estado Social, muito mais o é em países em que o Estado Social é tardio, como no caso brasileiro atual. Pela Constituição Federal vigente, há uma conformação de Estado de tipo social,

isso pelos princípios que majoritariamente veicula (bem-estar, justiça social, solidariedade – ou solidarismo –, dignidade da pessoa humana, igualdade, função social da propriedade, etc.), em que pese também adotar princípios de livre mercado. Ocorre que desde 1989 iniciaram-se, por parte dos governantes, ofensivas neoliberais contra essa concepção de Estado. Logo, há uma paradoxal mescla no modelo de Estado adotado, ou melhor, um perigoso componente de *práxis* que pode anular aquela opção feita com primazia pela Constituição.

Por outro lado, aí está a prova de que no Brasil se comete aquele erro classificado por Hermann Heller como um dos mais graves do pensamento político, que consiste em confundir governo com Estado, operando-se, pois, a confusão do “núcleo de poder que realiza positivamente o poder estatal com o próprio Estado”. Para o autor, “do fato, certamente exato, de que o Estado se apóia nesse núcleo de poder extrai-se a falsa conseqüência de que esse núcleo de poder ‘é’ o Estado. Esse sofisma está na base de todas as inadmissíveis concepções que confundem o Estado com o seu governo, e ao poder do Estado com o poder do governo”³⁸.

Isso, no entanto, não é exclusividade brasileira, eis que no contexto do sistema global de proteção dos direitos humanos também se deu algo muito similar. Fábio Konder Comparato afirma que embora o Protocolo Adicional de 1988, referente aos direitos econômicos, sociais e culturais, contenha várias disposições inovadoras em relação ao Pacto Internacional sobre os mesmos direitos, aprovado em 1966,³⁹ não se pode deixar de questionar o “grau de sinceridade ou seriedade dos Estados americanos que adotaram esse Protocolo, quanto à extensão do compromisso assumido”:

Tanto mais que, à época, **já predominava em grande parte da América Latina a ideologia neoliberal, expressa no chamado ‘Consenso de Washington’, no sentido de orientar a ação do Estado para o fortalecimento da iniciativa empresarial privada em todos os campos, restringindo-se ao máximo as políticas públicas de proteção social.** Tem-se a impressão de que os Estados que adotaram o Protocolo reproduziram, inconscientemente, a atitude retórica dos senhores rurais do período colonial, diante das ordenações régias que procuravam limitar seu poder de exploração econômica, fundado no trabalho escravo ou semi-escravo: *las ordenanzas se acatan, pero no se cumplen*⁴⁰.

³⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Teoria da constituição e teoria do estado economicizado**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2002. [Mimeo, sem paginação]

³⁵Esta última expressão é referida por Célio Waldraff. WALDRAFF, Célio Horst. Distinção entre o liberalismo clássico e o neoliberalismo. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Curitiba**, n. 13, p. 70.

³⁶MENDOZA, Plínio Apuleyo; MONTANER, Carlos Alberto; VARGAS LLOSA, Alvaro. **Manual do perfeito idiota latino-americano**. p. 7.

³⁷MEIRELLES, Durval; UCHOA, Roberto Gil. A globalização das economias e as transformações no mercado de trabalho em tempos de pós-modernidade. **Revista da ESPM**, São Paulo, v. 10, a. 9, n. 5, p. 94, set./out. 2003.

³⁸HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. p. 267.

³⁹O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado em 16/12/66 pela Assembléia Geral da ONU, tendo sido ratificado pelo Brasil via Decreto Legislativo n. 226, de 12/12/91 e promulgado pelo Decreto n. 592, de 6/12/92.

⁴⁰COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 370 (grifou-se, em negrito).

Vê-se, assim, que pactos desse tipo são firmados pelos países paralelamente aos avanços neoliberais internos, talvez significando alguma “crise de consciência” ou um esmero muito grande com o exercício da hipocrisia perante a opinião pública interna e externa, sim, porque a contradição entre o modelo de Estado Social e o de Estado Neoliberal é evidente. Analisando os paradoxos dos direitos econômicos, sociais e culturais, José Joaquim Gomes Canotilho nomeou o discurso “duplo”⁴¹ ou “dúplice” em torno a esses direitos, referindo-se justamente à “bondade” externa (fora das fronteiras) dos Estados no âmbito do constitucionalismo global e à “maldade” interna dos mesmos Estados no orbe do constitucionalismo nacional.

5. Significado de “Estado mínimo” nos países centrais ou desenvolvidos

A face mais crua e essencial do neoliberalismo significa uma intervenção do Estado através de uma política de ordenação institucional para garantir a livre concorrência. Nesse sentido é que o Estado dos países desenvolvidos se encolhe, tornando-se menor (ou mínimo) nas áreas sociais básicas.⁴² Mas apenas nestas, o que não quer dizer que o Estado como um todo perca sua importância enquanto agente econômico. Ao contrário, os *Estados* desses países continuam *máximos*, mais gigantes do que nunca,

apenas fazendo escolhas de investimentos públicos em outras áreas, como a bélica ou a espacial (v.g. o poderio norte-americano nas pesquisas aeroespaciais e no setor de armamentos⁴³).

Esses países também costumam adotar outra estratégia que demanda muito investimento interno: ao mesmo tempo em que procuram fechar acordos com outros países para a formação de blocos econômicos que lhes garantam vantajosos mercados consumidores aos seus produtos, instituem cláusulas de protecionismo aos produtos internos que encontram maior competitividade nos países contratantes. O exemplo mais conspícuo disso é o dos subsídios agrícolas destinados aos produtores rurais norte-americanos,⁴⁴ sendo que a União Européia investe duas vezes e o Japão⁴⁵ três vezes mais o que os EUA aplicam em termos de recursos nessa rubrica. Nesse contexto, fenômeno paralelo e negativo à recuperação da sociedade civil no Brasil a partir da CF/88 vem sendo o alto número de organizações não-governamentais com denúncias de irregularidades em seu funcionamento. Para investigar essas denúncias, em 2002 funcionou no Senado Federal uma Comissão Parlamentar de Inquérito, notadamente em função do caso da ONG canadense *Focus on Sabbatical*, sem nenhum registro junto à Secretaria Nacional de Justiça de pedido de autorização para funcionar no Brasil e que foi autora de proposta mesquinha e indecorosa aos agricultores brasileiros⁴⁶.

⁴¹CANOTILHO, J. J. G. Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. **Derechos y Libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Universidad Carlos III de Madrid, año 3, n. 6, p. 41, febrero 1998.

⁴²Recente entrevista do linguísta estadunidense Avram Noam Chomsky – um dos principais críticos da política e da mídia de seu país – ao jornal brasileiro *Brasil de Fato* atesta a efetiva retirada dos Estados Unidos das áreas sociais básicas, notadamente no setor de medicamentos, em benefício das grandes corporações. Analisando as consequências dos quatro anos de governo Bush para os estadunidenses, Chomsky exemplifica: “No campo da saúde, o governo investe bilhões de dólares para ajudar corporações a desenvolverem remédios, que são vendidos a preços exorbitantes, numa inversão de valores, pois o público financia o privado para se prejudicar. Ao mesmo tempo, de acordo com a lei, o povo não tem direito de comprar remédios no Canadá, onde são mais baratos. O povo sempre sai perdendo e quem ganha são as corporações farmacêuticas. Nos EUA, 80% são a favor da saúde pública e gratuita. Mas Bush diz que isso não é politicamente possível.” (Mudança depende da mobilização popular. **Brasil de Fato**, São Paulo, n. 44, 1º a 7 jan. 2004, segundo caderno, p. 9.

⁴³A nação mais rica do planeta aloca de seu produto interno bruto – superior a uma cifra de 10 trilhões de dólares – 4% para gastos militares (quantia equivalente aos orçamentos de defesa de todos os demais países do mundo). (A ascensão do império americano. **Veja**, edição especial n. 26, set. 2003, p. 52.)

⁴⁴Aí reside uma das maiores polêmicas em torno do debate atual sobre a ALCA (Área de Livre Comércio das Américas), isso porque nas negociações para a sua criação o Brasil e a Índia lideram o G-20, “grupo de nações em desenvolvimento”, que contesta e combate os subsídios agrícolas dos países ricos na OMC (Organização Mundial do Comércio). A Argentina e o Brasil, os dois maiores sócios do Mercosul, continuam firmes no G-20 e acabam de selar vários compromissos para facilitar negócios no bloco mercosulino, mas o Uruguai é o sócio do Mercosul que mais critica a proposta para a ALCA liderada pelo Brasil; em função disso, ficou de fora do G-20. Como recompensa, o “governo norte-americano está disposto a negociar um acordo de preferências com o Uruguai, mediante o qual haveria eliminação de tarifas para o ingresso de vários produtos uruguaios no mercado americano e a redução de alíquotas para outros.” Para propor esses benefícios ao Uruguai, Peter Allgeier, o número dois na USTR (Representação de Comércio dos EUA, ligada à Casa Branca) e co-presidente da ALCA, chegou a Montevidéu em 22/10/03 para reuniões com o vice-chanceler uruguai, Guillermo Valles, com membros da Comissão Conjunta de Comércio e Investimentos e representantes da Câmara de Comércio Uruguai-EUA. Segundo Celso Amorim, chanceler brasileiro, o G-20 continua “com boa saúde”, apesar da saída de alguns países latino-americanos, justamente por pressão dos EUA; nele continuam, por exemplo, México, Chile, África do Sul, Índia e Argentina. Já o chanceler argentino, Rafael Bielsa, declarou: “se esperam que nossos países sejam subservientes e que assinaremos acordos que não sejam benéficos, isso não vamos fazer porque *estamos discutindo a sobrevivência, e não a opulência*.” (Uruguai espera preferências dos EUA. **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 23 out. 2003. C. A, p. 12 (grifou-se). Novidade significativa nesta seara é o recente ganho de causa obtido pelo Brasil no Painel da Organização Mundial do Comércio (OMC) sobre as consequências socioeconômicas que os subsídios norte-americanos ao algodão têm gerado para os países em desenvolvimento, notadamente na África Ocidental, onde a cultura constitui fonte de renda vital. O resultado preliminar do Painel foi de 26/04/04, tendo sido concedido prazo até 10/05 para Brasil e Estados Unidos comentarem o relatório parcial (de 1 500 páginas), sendo que o resultado definitivo saiu em 18/06/04. Trata-se de documento de suma importância, sinalizando para a mudança na política dos países desenvolvidos que levaram a distorções dramáticas no mercado agrícola, contexto no qual os EUA, durante anos, concederam em subsídios mais do que o valor da produção de algodão, tornando os preços internacionais da cultura depressivos e aumentando a produção não-competitiva. A queixa feita pelo Brasil alegou que os subsídios dados pelo governo dos EUA aos seus produtores de algodão ultrapassaram os limites permitidos pelas regras internacionais de comércio e prejudicaram as exportações brasileiras do produto. Mais recente ainda é a confirmação feita em 8/09/04, também pela OMC, de outro ganho de causa do Brasil, da Austrália e da Tailândia, dessa vez contra a União Européia, no tocante aos injustos subsídios desta à produção e exportação de açúcar.

⁴⁵Essa é também a principal barreira para impedir que o Japão feche acordos de livre comércio com diversos países. “Tóquio conta com apenas um acordo de livre comércio, com a pequena Cingapura, e as conversações para concluir um acordo com o México goraram na semana passada, principalmente em razão do desejo do México de liberar o comércio de carne de porco e suco de laranja”. O fracasso das conversações se deu na reunião de cúpula do fórum de Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (Apec). O Japão poderá enfrentar mais dificuldades pelo mesmo motivo de falta de liberalização de seu mercado agrícola, haja vista que “a Tailândia também está buscando fechar um pacto de livre comércio com Tóquio, suscitando a apreensão quanto à possibilidade de o arroz tailandês inundar o fortemente protegido mercado doméstico japonês.” (Japão admite estudar abertura de mercado. **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 23 out. 2003. C. B, p. 9.)

⁴⁶Nesse caso as denúncias eram de que o produtor rural canadense Kenneth Goudy, fundador da ONG, teria proposto pagar aos produtores brasileiros para que parassem de plantar soja, com o objetivo de aumentar o preço do produto em decorrência da assim forjada escassez no mercado. A oferta visava a reduzir em 15% a produção de soja brasileira mediante o pagamento de US\$ 165 por hectare de soja não plantado no Brasil. A ONG reúne 4 500 produtores canadenses e norte-americanos e busca proteger os interesses dos seus participantes e o mercado de seus países. Os recursos para o pagamento dos sojicultores brasileiros viriam de produtores norte-americanos, interessados em manter em patamar mais elevado o preço da soja. O objetivo declarado da proposta era o de reduzir a produção de soja e a sua oferta no mercado internacional em cerca de 40 milhões de toneladas, volume que à época coincidia exatamente com a safra do grão no Brasil, que é o segundo maior produtor mundial. (CPI quer esclarecer tentativa de reduzir o plantio de soja. **Jornal do Senado**, 3 dez. 2002. p. 6).

Por trás das políticas públicas apontadas há também, notadamente na Europa, investimento pesado por parte dos Estados, inclusive na manutenção das paisagens rurais, o que lhes continuará garantindo o ingresso de divisas pela senda do turismo (v.g. o caso da França). Avulta, desse modo, a admirável capacidade que os países ricos têm de pagar aos seus inclusive para que não produzam, apenas para que fiquem onde estão.

Assim, esses Estados não se encolhem do mesmo modo e na mesma medida que os Estados de economias periféricas, e mesmo quando se retiram de alguns setores da economia o fazem de modo a beneficiar suas grandes empresas nacionais, que são exatamente as empresas transnacionais que penetram nos países periféricos quando estes se minimizam enquanto empresários. No fundo, no processo globalizador o Estado dos países centrais é um Estado forte, que tem por objetivo a submissão dos Estados periféricos fracos.

6. Significado de “Estado mínimo” nos países periféricos

O Estado mínimo nos países periféricos parece ser efetivamente mínimo, retirando-se não só das áreas sociais básicas em proveito de empresas privadas, mas fazendo-o de modo a beneficiar mais as empresas estrangeiras do que as próprias empresas nacionais. Isso poderá ser comprovado na análise específica do caso brasileiro, no subitem a seguir, mas pode ser verificado também em outras realidades latino-americanas, como, por exemplo, na Bolívia, país mais pobre da América do Sul.

Os descontentamentos populares quanto ao programa de privatizações encampado pelo Presidente Gonzalo Sánchez de Lozada exigiram e acabaram, levando-o à renúncia em 17/10/03. A forte insurreição popular foi motivada principalmente pelo fato de que o agora ex-Presidente – governante “aristocrático e neoliberal” que recebeu apoio dos Estados Unidos e da OEA – estava transferindo a mais uma empresa estadunidense o gás natural, uma das principais riquezas do País, à qual a população interna não tem acesso. Lozada estava seguindo os exatos passos do governo anterior, que havia entregado parte das reservas de gás para outra empresa norte-americana “explorar e revender

ao governo brasileiro”⁴⁷. Na verdade, numa gestão presidencial anterior – de 1992 a 1997 – o próprio Lozada colocou em prática um extenso programa de privatização, sendo que dois dias antes de terminar aquele mandato editou um decreto pelo qual autorizava a privatização da exploração, do transporte e da comercialização do gás boliviano, tendo como beneficiário o consórcio *Pacific LNG*, composto pelas transnacionais *British Gas*, *British Petroleum* e *Repsol/YPF*. Os manifestantes exigiam, desde setembro, “a renacionalização do gás e do petróleo, setores estratégicos hoje controlados por transnacionais”⁴⁸, numa tentativa de evitar a entrega do gás a preços irrisórios a um conglomerado estrangeiro.

Mesmo tendo o povo boliviano logrado êxito com a queda do Presidente e a assunção ao governo do seu vice-presidente – Carlos Mesa,⁴⁹ o qual prometeu antecipar as eleições –, o gás que atualmente o Brasil adquire da Bolívia tem sua venda “intermediada” por empresas norte-americanas, significando que o produto vem do vizinho país associado ao Mercosul, mas que os dólares vão para os Estados Unidos da América do Norte.

Vê-se, assim, um dos mais completos exemplos de como o Estado deixa de ser empresário num país periférico para escancaradamente beneficiar empresas transnacionais em detrimento das empresas nacionais e, principalmente, do povo.

6.1. O encolhimento do Estado brasileiro e o tipo de empresa beneficiada

No Brasil, principalmente a partir da última década, efetivamente o Estado veio dando mostras de que pretende voltar a ser meramente mínimo, apenas guardião da segurança dos bens, das pessoas e dos contratos – e até nisso é ineficaz –, no melhor estilo de Estado-Vigia, garantidor dos direitos liberais clássicos, de cunho individualista. Conforme já foi adiantado, essa retirada do Estado brasileiro da economia foi evidenciando-se, paradoxalmente, logo em seguida à entrada em vigor do texto constitucional de 1988,⁵⁰ que havia pactuado uma espécie de compromisso entre capital e trabalho, visando acima de tudo ao bem-estar de sua população. Assim que sobe ao poder o primeiro governo tido como neoliberal – o de Collor de Mello –, em 1989⁵¹,

⁴⁷As lições do altiplano boliviano. **Brasil de Fato**, São Paulo, 16 a 22 out. 2003. p. 2.

⁴⁸Reprimida pelas forças policiais e pelo Exército, com custo de mais de 60 pessoas mortas e mais de 200 feridas, a população pedia especificamente a renúncia de Lozada e a anulação do projeto de exportação de gás para a América do Norte (por um porto chileno), impulsionado pelo consórcio transnacional *Pacific LNG* e apoiado pelo governo por um contrato com duração de 20 anos. Esse projeto implica uma renda anual de 1,3 bilhão de dólares às empresas petrolíferas e apenas entre 40 e 70 milhões de dólares anuais ao Estado boliviano. (Milhares exigem renúncia do presidente. **Brasil de Fato**, 9 a 15 out. 2003. p. 10; e também Consórcio transnacional tem lucro de 2 400%. **Brasil de Fato**, 16 a 22 out. 2003. p. 10.

⁴⁹Observe-se que esse novo presidente já “está se deparando com um pedido dos Estados Unidos para que não modifique o modelo econômico do país e a lei de combate às drogas”. Ocorre que o “modelo neoliberal na Bolívia foi posto em dúvida pelos setores sociais que conseguiram a saída de Gonzalo Sánchez de Lozada”. Pressão de Washington para governo manter modelo econômico. **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 23 out. 2003. C. A. p. 12.

⁵⁰Caio Tácito informa que, segundo relatório de 1994 do Banco Mundial, no período de 1988 a 1992, 25 países em desenvolvimento realizaram programas de privatização e que, em verdade, no caso brasileiro os embriões disso começaram bem antes da entrada em vigor da nova Constituição. “O primeiro passo, ainda modesto, de inversão da tendência expansionista da administração pública brasileira se manifestou em julho de 1979, quando o Decreto n. 83.740 adotou o Programa Nacional de Desburocratização que, a partir de 1981, definiu a política restritiva na criação de novas entidades paraestatais e estabeleceu as primeiras diretrizes de transferência de empresas públicas para o setor privado. Em 1985, o Decreto n. 91.991 aperfeiçoou o programa com a criação do Conselho Interministerial de Privatização, ao qual sucedeu, em 1988, o Conselho Federal de Desestatização, nos termos do Decreto n. 95.886. [...] Segundo dados oficiais, no período de 1979-1985, no plano federal, 20 empresas foram privatizadas, 3 transferidas a governos estaduais, outras 3 foram objeto de fusão, 14 incorporadas e duas outras convertidas em órgãos da administração direta, no total de 42 transformações”. TÁCITO, Caio. *Op. cit.*, p. 5-6.

⁵¹Ainda segundo Caio Tácito, foi efetivamente o governo Collor que regulou o Programa Nacional de Desestatização, mediante a Medida Provisória n. 155/90, convertida na Lei n. 8.031, de 12/4/90. TÁCITO, C. *Op. cit.*, p. 6.

dão-se os primeiros passos na direção oposta à da identidade conferida ao Estado pela Constituição Federal.

Como já foi igualmente adiantado, no contexto do neoliberalismo as reformas à Constituição visam a retirar do seu texto as normas que sustentam a tese da ingovernabilidade, que são em síntese todas aquelas que contemplam direitos “em excesso” – isso do ponto de vista de quem governa – e que por isso mesmo emperrariam o governo do Estado pela falta de recursos públicos para conceder todas as prestações reclamadas pelos destinatários desses direitos. Em relação a essas normas acusadas de gerarem ingovernabilidades, o raciocínio dos governantes é simples e simplório: em não havendo como cumpri-las, tira-se-as da Constituição.⁵² Por outro lado, do ponto de vista da classe empregadora também há queixas e desejos de extirpar ou pelo menos diminuir o alcance de alguns direitos dos trabalhadores previstos na Constituição, que seriam responsáveis por dificultar as contratações e reduzir os índices de empregos pelo alto custo (encargos sociais) na manutenção dos contratos trabalhistas.⁵³ Em relação à flexibilização de alguns desses direitos, a classe empregadora conta inclusive com o apoio da classe trabalhadora, mormente no caso da redução da jornada de trabalho, que supostamente geraria novas contratações.⁵⁴ Também nesse contexto de *nova ordem mundial* o Consenso de Washington continua ditando aos países periféricos (como o Brasil) atitudes a serem tomadas pelos governos de plantão, especialmente no que se refere às imposições dos programas de privatizações (desnacionalização ou descentralização da economia), passando para a *iniciativa privada* o patrimônio público construído com os tributos pagos pela população trabalhadora / produtora do país.

Assim, pouco a pouco, o Estado brasileiro retira-se da economia, se não totalmente, muito fortemente, pelas quebras de monopólios estatais, dando abertura para que setores estratégicos da economia (como telefonia, telecomunicações, energia,

gás) e outros essenciais à população de baixa renda ou mesmo miserável (como saúde, previdência, ensino, rede de bancos oficiais estaduais) retornem às mãos “bem visíveis” do mercado. Esse processo de quebras de monopólios geralmente passa por reformas às Constituições,⁵⁵ constituindo no Brasil pós-88 um ciclo de emendas constitucionais alcunhadas por Paulo Bonavides de “reformas da governabilidade”, reputadas pelo Poder Executivo como essenciais ao plano de estabilização da economia, à consolidação da nova moeda – o real – criada pelo governo que tomou posse em 1º/1/95 e contra o retorno da inflação. Segundo esse constitucionalista, no início de 1995 as correntes políticas do situacionismo foram convocadas pelo novo governo “para mergulhar fundo nas reformas neoliberais da ordem econômica, tributária, administrativa e social”⁵⁶.

Diante disso tudo, para a manutenção da força normativa da Constituição há que se defender o que nela está positivado, notadamente em termos de direitos fundamentais e do perfil social que foi configurado pelo Poder Constituinte Originário ao Estado brasileiro.

No entanto, em Portugal ocorreu coisa pior, tendo-se dado o fenômeno da “dupla revisão”, defendida pelo constitucionalista Jorge Miranda. Na 3ª revisão (concluída em 1989) à vigente Constituição da República Portuguesa, houve supressão de três limites dentre aqueles originalmente previstos no art. 288 (alíneas “f”, “g” e “h”, respectivamente: “apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos”; “planificação democrática da economia”; “participação das organizações populares de base no exercício do poder local”). Dita revisão inseriu outras duas novas alíneas (“f” e “g”) no mesmo artigo, mas isso não esmaeceu a configuração da dupla revisão, a qual se deu para retirar o caráter “socialista” ou socializante e democrático da versão original da Constituição e substituí-lo por uma orientação de livre mercado à economia. Isso pode ser visto pelas novas cláusulas pétreas então

⁵²Exemplo claro disso, no Brasil, é a cláusula do art. 60 do ADCT, que nasceu junto com a Constituição e que previa a erradicação do analfabetismo no País nos dez anos subsequentes à promulgação da CF/88. Não se conseguindo eliminar o problema, porém, eliminou-se a meta, por meio de reforma constitucional que literalmente extirpou o dispositivo que estabelecia aquele prazo. A meta deixou de existir em 1996, com a Emenda Constitucional n. 14 que, ao criar o Fundo de Valorização do Magistério, deu nova redação ao art. 60, inserindo-lhe novos parágrafos e suprimindo o referido compromisso instituído pelo Poder Constituinte Originário.

⁵³Veja-se a pesquisa mensal de emprego realizada em setembro de 2003 pelo IBGE, que revelou aumento da terceirização e indicou queda no rendimento médio do trabalhador brasileiro (em relação a agosto/03, a retração foi de 2,4% e na comparação com setembro/02, a queda atingiu 14,6%), apesar da estabilidade global na taxa de desemprego. Dentre os mais importantes fatores que levaram a isso está – além da queda da renda dos trabalhadores por conta própria e dos sem carteira –, a terceirização, “processo que levou os funcionários a prestarem o mesmo serviço às empresas, mas com salários mais baixos”. Segundo o gerente da pesquisa de emprego do IBGE, Cimar Azeredo, “a crise tem levado os empresários a demitir para contratar serviços terceirizados com salários mais baixos”, explicando ainda que “o movimento não chega a ser novo, mas vem intensificando-se nos últimos meses”. (As empresas já fazem na prática a reforma trabalhista. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 23 out. 2003. C. A, p. 1 e 4).

⁵⁴Quanto a isso, observe-se no Congresso Nacional brasileiro o início da marcha da PEC n. 75/03, proposta em 30/9/03 por um senador do próprio Partido dos Trabalhadores (Paulo Paim), tendo por objeto justamente a redução da jornada de trabalho semanal, a ser feita mediante alteração do inciso XIII do art. 7º da CF/88.

⁵⁵Veja-se o exemplo da EC n. 9/95, que quebrou o monopólio estatal sobre o petróleo, alterando a redação do art. 177 da CF/88. Do mesmo modo a EC n. 5/95 deu nova redação ao § 2º do art. 25 da CF para pôr termo ao monopólio estatal da exploração e distribuição dos serviços locais de gás canalizado, permitindo o regime de concessão. Já a EC n. 6/95, segundo Paulo Bonavides, inseriu-se “no esquema de desnacionalização da economia brasileira, fomentada pelo neoliberalismo instalado no poder” (*Curso de direito constitucional*, p. 545), tendo modificado o inciso IX do art. 170 da CF para erradicar o tratamento favorecido que era dado às empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte; assim, pela EC n. 6 os benefícios desse princípio da ordem econômica foram estendidos a quaisquer empresas de pequeno porte, inclusive às de capital estrangeiro, desde que constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no Brasil. Essa mesma EC n. 6 alterou o § 1º do art. 176 para abrir às empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país a concessão para a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica. Do mesmo modo, pela EC n. 7/95 abriu-se o transporte aquático de mercadorias na cabotagem e a navegação interior às embarcações estrangeiras, isso pela alteração do art. 178 da CF. A EC n. 8/95 operou a abertura do setor das telecomunicações ao capital externo ao alterar o inciso XI do art. 21 da CF, que dispunha sobre a competência da União para explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações; logo, a EC n. 8 derrubou a exclusividade da concessão às empresas estatais na exploração desses serviços.

⁵⁶BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. p. 542.

inseridas no texto constitucional: “coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção” e “existência dos planos econômicos no âmbito de uma economia mista”.

No Brasil, além das Emendas Constitucionais referidas, que operaram a *extinção de dadas restrições ao capital estrangeiro*⁵⁷ e a *flexibilização dos monopólios estatais*, outra transformação econômica de relevo – denominada privatização – deu-se sem alterações no texto constitucional, tendo sido impulsionada pela Lei n. 8 031/90 (depois substituída pela Lei n. 9 491/97), que instituiu o Programa Nacional de Desestatização. A onda de desestatizações tem sido levada a efeito por mecanismos como a alienação, em leilões nas bolsas de valores, do controle de entidades estatais, tanto das exploradoras da atividade econômica propriamente dita quanto das que prestam serviços públicos, bem como pela concessão de serviços públicos às empresas privadas.⁵⁸ Isso é um processo, portanto ainda não acabado, estando seu curso por enquanto sobrestado⁵⁹ na atual gestão governamental (iniciada em janeiro de 2003).

Um inventário do que já foi feito indica que no plano federal já se privatizaram empresas dos setores petroquímico, siderúrgico, metalúrgico, de fertilizantes e de telecomunicações. E o que é pior: geralmente as privatizações se dão com o auxílio do próprio Estado, que financia a compra de empresas estatais por empresas privadas via Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)⁶⁰, isto é, com o próprio dinheiro público e a juros módicos, bem menores inclusive do que aquele de 12% ao ano até recentemente previsto no art. 192 da CF/88 e nunca respeitado pelo sistema financeiro nacional em relação ao restante da população. Se não bastasse esse tipo de privilégio, que tranqüilamente pode levar ao abuso no uso das verbas públicas, como geralmente as empresas a serem privatizadas são adquiridas por consórcios compostos também por empresas estrangeiras, estas acabam se beneficiando de financiamento estatal local para ingressar no mercado brasileiro.

Por outro lado, muitos desses passos do programa de desestatização foram dados pela via das medidas provisórias, de edição exclusiva do Poder Executivo, relegando a participação

do Poder Legislativo a segundo plano. Também o fato de que o representante do povo não tenha tido participação mais marcante nesse processo fez com que a venda de muitas empresas se desse em clima de enfrentamento a reações populares localizadas e a inúmeras ações judiciais, como, por exemplo, no caso da Companhia Vale do Rio Doce e da Telebrás, empresas outrora tidas como estratégicas e exibidoras de evidente lucratividade.

O certo é que nos últimos anos houve no Brasil notável incremento da legislação infraconstitucional em temas econômicos, incluindo diferentes setores, como o energético (Lei n. 9 427/96), o de telecomunicações (Lei n. 9 472/97), o petrolífero (Lei n. 9 478/97), com a criação das respectivas agências reguladoras. Outras tantas normas nesse sentido já haviam sido criadas na primeira metade da década de 1990, como para a modernização dos portos (Lei n. 8 630/93), para a defesa da concorrência (Lei n. 8 884/94) e para concessões e permissões (Leis n. 8 987/95 e n. 9 074/95).

A isso tudo se atrela ainda a exigência, sinalizada pelo Banco Mundial, de que os países em desenvolvimento tenham poderes públicos cordatos e estáveis, especialmente o Poder Judiciário, a fim de estarem aptos a receber investimentos externos e lograr inserção competitiva do setor produtivo interno no mercado de produção e comércio mundial, incrementos intrinsecamente associados à melhoria da taxa de desenvolvimento humano e econômico dos países. A esse respeito veja-se o comentário feito em 1997 pelo então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, hoje Ministro do STF:

Ninguém faz investimentos de longo prazo em mercados que têm sistemas judiciais não confiáveis. Estudos recentes do Banco Mundial vinculam o nível de confiabilidade do Poder Judiciário à taxa de desenvolvimento. Eles demonstram que os investimentos de médio e longo prazos, absolutamente necessários para um país criar empregos e estabilizar a sua economia, dependem diretamente, além das ações e da previsibilidade do Executivo e do Legislativo, do nível da previsibilidade das decisões do Poder Judiciário.⁶¹

⁵⁷José Eduardo Faria elenca como um dos ajustes estruturais feitos pelos governos latino-americanos dessas duas últimas décadas, ao procurarem se inserir na dinâmica do processo de globalização da economia e da especialização flexível da produção, justamente o enfraquecimento das “empresas nacionais, com a abertura das fronteiras econômicas aos fluxos do capital internacional”. FÁRIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FÁRIA, José Eduardo (Org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. p. 147.

⁵⁸BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. p. 22.

⁵⁹Desde o início da gestão do Presidente Luís Inácio Lula da Silva não se tem visto prosseguir a marcha das privatizações. Ao contrário, tramita atualmente no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 218/2000, apresentado pela senadora Heloísa Helena (então integrante do PT-AL), que retira do Programa Nacional de Desestatização os serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica e de saneamento básico (embora boa parte dos serviços de energia elétrica e de recolhimento de lixo já tenha sido privatizada), alegando que 15 milhões de brasileiros não têm água encanada e outros 40 milhões não possuem rede de coleta de esgotos, em sua quase totalidade famílias que ganham menos de três salários mínimos. Diante desse quadro argumenta a senadora: “Se o poder público não conseguiu assegurar esses serviços aos mais pobres, nada se pode esperar de empresas privatizadas”. Projeto reduz o programa de desestatização. **Jornal do Senado**, 19 ago. 2003. p. 3.

⁶⁰O BNDES emprestou dinheiro do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador, que deveria financiar o seguro-desemprego e programas de geração de empregos) para que grupos nacionais e estrangeiros primeiramente comprassem empresas estatais e depois ampliassem seus negócios e lucros. Entre 1994 e 2003 esses empréstimos somaram 15,4 bilhões de dólares, representando quase 17% dos 91,3 bilhões de dólares que o governo arrecadou com a venda das estatais, sendo que as remessas de lucros para o exterior no mesmo período corresponderam a 47% do valor obtido pelo Estado com as privatizações. Embora essas remessas não tenham sido realizadas apenas pelas empresas privatizadas, elas responderam por uma participação relevante no total apontado. Dinheiro do BNDES turbinou lucro das transnacionais. **Brasil de Fato**, n. 50, 18 fev. 2004, p. 5, 12.

⁶¹ *Aput* TEIXEIRA, Ariosto. *Op. cit.*, p. 23.

Do que se expôs é importante remarcar que quando o Estado brasileiro foi se retirando da economia enquanto empresa, ele o fez precipuamente para favorecer as empresas multinacionais, e não as nacionais, como normalmente o fazem os países desenvolvidos.

6.2. Para onde vai o Estado brasileiro? Do mínimo ao nada?

Todo o arcabouço normativo demonstrado no item anterior vai evidenciando que o Estado brasileiro quer simplesmente se retirar da economia, já que, além de se eximir do cumprimento de suas tarefas sociais, tampouco se o vê tendo inserção ou destaque em qualquer outra área econômica propriamente empresarial (industrial ou até mesmo comercial). Desejoso de ser mero gestor, ao gosto do ex-Ministro de Estado Bresser Pereira, vai acabar gerindo não mais que descontentamentos de uma população cada vez mais afastada do gozo de suas garantias constitucionais pela intermediação forçada e insuficiente de algumas agências reguladoras.

Não está o Estado brasileiro apenas se minimizando em relação às suas tarefas sociais, como o fazem os Estados europeus ou os Estados Unidos da América, que guinam ao neoliberalismo nesse sentido, mas que se mantêm extremamente fortes em outros setores econômicos, como na indústria bélica ou no estupefaciente subsídio que oferecem à economia interna (ao agronegócio, por exemplo). É dizer: esses Estados são mínimos para o social, mas gigantes atores econômicos. E o Brasil? Enquanto Estado é mínimo ou menos do que mínimo para o social, oscilando de mínimo a inexistente em qualquer outro ramo econômico. Não estará assim o Estado brasileiro se encaminhando do mínimo para o nada?

6.3. O Estado é mínimo, mas sua voracidade arrecadadora é máxima!

Para guardar coerência com o exposto acima, face ao esmaecimento do Estado brasileiro como ator social e econômico, naturalmente haver-se-ia de concluir que um Estado que pouco ou nada faz, pouco ou nada deveria cobrar de seus financiadores internos, isto é, dos contribuintes.

Aqui outro paradoxo, que desafia qualquer noção básica do Princípio da Proporcionalidade: o próprio Estado vem, por sua prática governativa, praticando ao longo das últimas décadas a violação do princípio da proporcionalidade, eis que cobra uma das cargas tributárias mais altas do mundo⁶² e nem de longe devolve prestações à sociedade em proporção assemelhada.

Seria de novamente perguntar: cobra tanto para quê? Apenas para auto-manter-se, para auto-reproduzir-se? Diante dessas indagações, nunca é demais lembrar que, sendo o Estado o meio de realização do bem-estar, da justiça social, da cidadania e da dignidade à sua população (afinal, esses são seus mais importantes objetivos e fundamentos – art. 1º e 3º da CF/88), é indefensável que esse meio se sobreponha aos fins.

7. Considerações finais

Das reflexões efetuadas é forçoso concluir: o neoliberalismo é um fenômeno mundial e força os países a diminuírem seus investimentos sociais, levando os Estados a deixarem de ser empresários nessa área; no entanto, enquanto que nos Estados centrais da atual ordem mundial econômica esse processo se dá em favor das empresas nacionais, nos Estados periféricos isso se verifica para beneficiar principalmente as empresas transnacionais, não só pela liberação de restrições como por incentivos públicos à entrada do capital estrangeiro na economia. Por outro lado, os Estados desenvolvidos se minimizam apenas no que se refere a investimentos em direitos sociais básicos, mas continuam grandes empresários em outras áreas da economia. Já os países periféricos, notadamente o Brasil, deixam de atuar como empresários no campo do social mas também se tornam mínimos em qualquer outro ramo da economia, embora continuem mantendo uma paradoxal política de voracidade na tributação da atividade produtiva empresarial e dos trabalhadores. Nesse quadro, opera-se a galopante transmutação das pessoas da categoria de cidadãos (principalmente enquanto titulares de direitos de crédito perante o Estado) para a categoria de consumidores.

8. Referências

A ascensão do império americano. **Veja**, São Paulo, edição especial n. 26, set. 2003, p. 50-2.

As empresas já fazem na prática a reforma trabalhista. **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 23 out. 2003. C. A, p. 1 e 4.

As lições do altiplano boliviano. **Brasil de Fato**, São Paulo, 16 a 22 out. 2003. p. 2.

BARROSO, L. R. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 645 p.

BESTER, G. M. Estado-Nação, soberania popular e poder constituinte originário frente ao processo globalizador. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica**, Instituição Toledo de Ensino, Bauru/SP, n. 26, p. 53-70, ago./nov. 1999.

⁶²Apenas para exemplificar, referem-se os dados do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário veiculados pela revista **Época** n. 252, de 17/3/03 (p. 9), informando o ranking mundial do percentual dos tributos cobrados sobre salários (somando contribuições de empregados e empregadores): 1º) Dinamarca (43,1%); 2º) Brasil (41,7%); 3º) Bélgica (41,4%); 4º) Alemanha (41,2%), etc. Só isso já serve para demonstrar uma clara violação do princípio da proporcionalidade, eis que o Estado brasileiro está nivelado aos países mais desenvolvidos do planeta em termos de arrecadação e as prestações sociais que proporciona ficam no nível dos países mais pobres e atrasados.

- _____. **Cadernos de direito constitucional**. Parte I. Teoria constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999. 174 p.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 680 p.
- _____. **Do estado liberal ao estado social**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. 239 p.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, com as Emendas Constitucionais e as Emendas Constitucionais de Revisão.
- CAMDESSUS, M. **La cooperación internacional para lograr un crecimiento de alta calidad**. El papel del FMI a los 50 años de su creación. Madrid: Complutense, 1995. 34 p.
- CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1994. 539 p.
- _____. **Teoria da constituição e teoria do estado economicizado**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional [mimeo], 2002. [sem paginação]
- _____. **O estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999. 81 p.
- _____. Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. **Derechos y Libertades** – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, año 3, n. 6, p. 35-49, febrero 1998.
- CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. (Orgs.). **Constituição da República Portuguesa (alterada pelas leis constitucionais n. 1/82, 1/89 e 1/92) e Lei do Tribunal Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. 209 p.
- CHEVALLIER, J. **L'État**. Paris: Dalloz, 1999. 122 p.
- COELHO, F. U. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei n. 8 884/94. São Paulo: Saraiva, 1995. 164 p.
- COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. 488 p.
- Consórcio transnacional tem lucro de 2 400%. **Brasil de Fato**, 16 a 22 out. 2003. p. 10.
- CPI quer esclarecer tentativa de reduzir o plantio de soja. **Jornal do Senado**, 3 dez. 2002. p. 6.
- DICIONÁRIO de Política Internacional. Lisboa: Avante, 1988. 390 p.
- DICIONÁRIO Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito. 2. ed. Trad. sob supervisão de: Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 954 p.
- Dinheiro do BNDES turbinou lucro das transnacionais. **Brasil de Fato**, São Paulo, n. 50, p. 5, 12 a 18 fev. 2004.
- FARIA, J. E.. Globalização econômica e reforma constitucional. **Revista dos Tribunais/Fasc. Civ.**, São Paulo, a. 86, v. 736, p. 11-19, fev. 1997.
- FARIA, J. E. (Org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996. 160 p.
- FERREIRA FILHO, M. G. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, n. 202, p. 11-17, 1995.
- FORRESTER, V. **O horror econômico**. 4. reimpressão. Tradução de: Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 1997. 154 p.
- GRANDE ENCICLOPÉDIA Larousse Cultural. T. 23. São Paulo: Nova Cultural, 1998.
- GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. 366 p.
- HELLER, H. **Teoria del estado**. Versión española de Luis Tobío. México: Fondo de Cultura Económica, 1947. 361 p.
- IANNI, O. A era do globalismo. In: OLIVEIRA, F. A. M. de (Org.). **Globalização, regionalização e nacionalismo**. São Paulo: Unesp, 1999. p. 15-41.
- Japão admite estudar abertura de mercado. **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 23 out. 2003. C. B, p. 9.
- KUNTZ, R. Estado, mercado e direitos. In: AMARAL JÚNIOR, A. do; PERRONE-MOISÉS, C. (Orgs.). **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: Edusp, 1999. p. 405-438.
- LOEWENSTEIN, K. **Teoría de la constitución**. 2. ed. amp. Traducción de: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976. 619 p.
- CALERA, N. M. L. **Yo, el estado. Bases para una teoría sustancialista (no sustancializadora) del estado**. Madrid: Trotta, 1992. 123 p.
- MARTIN, H. P.; SCHUMANN, H. **A armadilha da globalização**. O assalto à democracia e ao bem-estar social. Tradução de: Waldtraut U. E. Rose e Clara C. W. Sackiewicz. 6. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1999. 352 p.

- MEIRELLES, D.; UCHOA, R. G. A globalização das economias e as transformações no mercado de trabalho em tempos de pós-modernidade. **Revista da ESPM**, São Paulo, v. 10, a. 9, n. 5, set./out. 2003.
- MENDOZA, P. A.; MONTANER, C. A.; LLOSA, A. V. **Manual do perfeito idiota latino-americano**. Tradução de: Rosemary Moraes e Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil/Instituto Liberal, 1997. 364 p.
- Milhares exigem renúncia do presidente. **Brasil de Fato**, 9 a 15 out. 2003. p. 10.
- MOLL, L. H. Uma experiência de ensino do novo Direito Econômico. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 38, p. 395-411, 2000.
- Mudança depende da mobilização popular. **Brasil de Fato**, São Paulo, n. 44, 1ª a 7 jan. 2004. Segundo Caderno, p. 9.
- OLIVA, L. A. L. de. Ética, utopia e globalização. **Leopoldianum** – Revista de Estudos e Comunicações, Santos/SP, v. XXII, n. 62, p. 59-65, 1996.
- Os campeões do liberalismo. **Veja**, São Paulo, Edição Especial n. 26, p. 70-3, set. 2003.
- PASTOR, M. Los modelos de dominación política estatal. In: GARCÍA COTARELO, Ramón (Comp.). **Introducción a la teoría del estado**. Barcelona: Teide, 1990. p. 47-84.
- PEREIRA, L. C. B. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. Tradução de: Ricardo Ribeiro e Martha Jalkauska. São Paulo: 34, 1996. 360 p. Tradução de: Economic crisis and State Reform in Brazil.
- _____. Pensar a mudança vertiginosa. **Folha de São Paulo**, 18 maio 1997. C. 1, p. 3.
- PETRAS, J. **Neoliberalismo**: América Latina, Estados Unidos e Europa. Tradução de: Ana Maria Ruediger Naumann et. al. Blumenau: FURB, 1999. 433 p.
- Pressão de Washington para governo manter modelo econômico. **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 23 out. 2003. C. A, p. 12.
- Projeto reduz o programa de desestatização. **Jornal do Senado**, 19 ago. 2003. p. 3.
- SANDRONI, P. (Org.). **Dicionário de economia**. São Paulo: Best Seller, 1989. 331 p.
- SCALZARETTO, R.; MAGNOLI, D. **Atlas geopolítica**. São Paulo: Scipione, 1996. 79 p.
- TÁCITO, C. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 202, p. 1-10, out./dez. 1995.
- TEIXEIRA, A. **Decisão liminar**: a judicialização da política no Brasil. Brasília: Plano, 2001. 223 p.
- Uruguai espera preferências dos EUA. **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 23 out. 2003. C. A, p. 12.
- VIEIRA, L. **Cidadania e globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998. 142 p.
- WALDRAFF, C. H. Distinção entre o liberalismo clássico e o neoliberalismo. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Curitiba**, Curitiba, n. 13, p. 67-72, 2000.

Internacionalização do Direito Contratual

de Kátia Regina Isaguirre Torres

Introdução. 1. Harmonização ética das relações internacionais 2. Um direito comum dos contratos na União Européia. 3. Contratações pela Internet. 4. Conclusão. 5. Referências.

RESUMO: O presente artigo trata da análise das conseqüências da globalização e sua influência para a transformação do direito contratual. Através da supremacia dos direitos humanos procura estabelecer um paralelo entre rentabilidade e inclusão social como uma perspectiva viável de desenvolvimento.

Palavras-chave: contrato; constituição; mercado; pessoa.

Introdução

A crescente internacionalização das relações jurídicas importa num novo conceito de cidadania. O processo de ampliação de fronteiras através do mercado contemporâneo traz modificações estruturais profundas para os Estados. De acordo com Hannah Arendt, essa amplitude comporta também uma negação, pois *implica, com efeito, que pertençamos a um país, que tenhamos direitos e deveres circunscritos pelos limites de um território: por conseguinte, ser cidadão do mundo revela-se contraditório, o próprio fim de qualquer cidadania.*

De fato, a diminuição das fronteiras entre países e a aproximação de povos e culturas acaba por negar o conceito de cidadania em seus moldes tradicionais. A globalização crescente pode também acarretar conseqüências negativas se essa aproximação se der unicamente para atender às necessidades econômicas dominantes. Nesse aspecto, muitos países de menor poderio econômico podem vir a praticamente desaparecer pela prevalência dos interesses dos mais fortes.

Em contrapartida, a soberania dos Estados e a manutenção do conceito de cidadania poderão ser resguardadas desde que sejam devidamente avaliadas as diferenças existentes em cada grupo social, o que seria correto para a defesa de uma concepção de mercado centrado na prevalência do homem como fim da ordem econômica mundial. Também a concepção mercadológica deve ser coerente com a proteção dos interesses inerentes à pessoa, num diálogo de equilíbrio entre rentabilidade e desenvolvimento igualitário.

1. Harmonização ética das relações internacionais

A unificação de países e de forças econômicas cresceu a partir da evolução tecnológica dos meios de comunicação. Todavia, as proximidades através da tecnologia não são garantia

de um futuro comum, uma vez que *essa mesma tecnologia, que permitiu a unificação do mundo, pode, igualmente, destruí-lo, de forma que a solidariedade humana é, toda ela, negativa e só pode ter sentido positivo se for a par da responsabilidade política*¹.

As inovações tecnológicas permitem uma comunicação cada vez mais veloz entre pessoas de diferentes países e, com isso, cresce a interatividade das relações internacionais. Essa proximidade induz a criação de padrões gerais de comportamento, a homogeneização de formas de trabalho e até propostas de regras uniformes de contratos para os países.

A harmonização ética é elemento fundamental nesse processo, a fim de evitar a desagregação social, não permitindo que o progresso técnico repercuta novamente na prevalência dos interesses dos mais fortes sobre os mais fracos. Sob esse aspecto, é interessante demonstrar que a valorização dos direitos humanos pode ser denominador comum entre as legislações mundiais para garantia de um processo harmônico de integração.

Sob o ponto de vista histórico, a Constituição Americana e a Revolução Francesa podem ser apontadas como o registro do nascimento dos direitos humanos na História². A internacionalização desses direitos teve início na segunda metade do século XIX e o primeiro documento de caráter internacional foi a Convenção de Genebra de 1864, que visava a minimizar as conseqüências desagradáveis decorrentes das guerras.

Também podem ser mencionados como documentos que levam à internacionalização dos direitos humanos o Ato Geral da Conferência de Bruxelas (1890), a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho) em 1919, dentre outros.

Porém, sem dúvida foi a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) um verdadeiro marco para comprovação da definitiva internacionalização dos direitos humanos.

¹COURTINE-DÉNAMY, Sylvie Courtine. **Hannah Arendt**. Instituto Piaget. 1994, p. 285.

²COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45.

Temos ainda direitos que se reconhecem como voltados à humanidade, como a punição de crimes contra a humanidade, a Convenção de Genebra (1949), os relativos ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, como a Convenção da ONU, relativa à proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972)³.

Com o reconhecimento dos direitos humanos numa órbita internacional, tentam-se obter maior segurança às relações sociais. Tal premissa também comporta um valor educacional, uma vez que seu reconhecimento consagra valores éticos fundamentais da humanidade. A consciência ética coletiva fundamenta a vigência dos direitos humanos⁴ e justifica que se busque na solução dos casos concretos a regra mais favorável à proteção da dignidade humana.⁵

São os direitos humanos dotados de tal importância para a humanidade que podem ser admitidos como irrevogáveis. Em conformidade com o pensamento de Fábio Konder Comparato, nenhuma alteração constitucional pode suprimir um direito humano fundamental. Pelo mesmo raciocínio também não se podem estabelecer tratados com o objetivo de suprimir direitos fundamentais de caráter internacional.

A posição de supremacia dos direitos humanos fundamentais de caráter internacional remete à problemática da supremacia da ordem constitucional global sobre a soberania constitucional dos Estados. De acordo com Vital Moreira, existe hoje um *jus cogens*, que vincula diretamente os Estados, independentemente de sua adesão ou consentimento, enfatizando que, a partir da Segunda Guerra, a comunidade internacional criou *standards* mínimos. Vital Moreira ressalta ainda a Declaração Universal dos Direitos do Homem e outros pactos internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais como instrumentos de criação de um *patrimônio constitucional comum*, que as constituições nacionais devem incorporar e respeitar.⁶

Enfrentamos atualmente um processo de reunião de povos e culturas, sobretudo em razão do crescente interesse econômico de exploração de recursos para além das fronteiras estatais. Esse é um processo sem volta, que deve ser enfrentado e analisado de diferentes formas, partindo da posição que cada Estado possui na conjuntura econômica mundial.

Os países detentores de maior poderio econômico certamente tentarão impor suas regras sobre os demais. A globalização acarreta, portanto, riscos exacerbados, uma vez que:

Suas palavras de ordem são a eficiência e o lucro. As empresas e os indivíduos que não se adaptam à economia de mercado globalizada não merecem sobreviver. A concorrência torna-se brutal, num estado de barbárie carregado pela seleção natural do mercado. Natural, como se houvesse igualdade de oportunidades para assegurar uma competição justa, que permitisse indistintamente o acesso a condições dignas para empresas e indivíduos verdadeiramente mais competentes, e que não subsistissem simplesmente pela detenção de maior poder econômico, habilmente travestido e apresentado como maior eficiência.⁷

De fato, os países mais fracos (sentido econômico) tenderão a agravar seus quadros de desigualdades sociais, por não possuírem condições de competitividade com os países detentores do capital e tecnologicamente mais desenvolvidos.

A globalização prescinde, portanto, da concepção de que existe uma pluralidade de fontes do Direito que necessita de harmonização. Utopia é pensar na hipótese de unificação legislativa mundial, porém a adoção de princípios universais pode fazer com que os interesses econômicos sejam devidamente equilibrados para o desenvolvimento de uma economia de mercado que garanta o desenvolvimento em patamares mínimos de dignidade.

A crescente valorização dos direitos humanos é uma das principais vertentes da pós-modernidade, conforme análise de Cláudia Lima Marques⁸:

Os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o Direito. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do Direito, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do Direito, a propor uma nova jurisprudência de valores, uma nova visão dos princípios de direito civil, agora muito mais influenciada pelo Direito Público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

³Nota da autora: Sobre o meio ambiente, é de se ressaltar a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, em 1992, que resultou na Agenda 21, que se propôs a traduzir ações voltadas ao desenvolvimento sustentável que deveriam ser adotadas internacionalmente. Também, nesse aspecto, cabe ressaltar a importância da Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, em dezembro de 1997, que resultou num documento conhecido como Protocolo de Kyoto, assinado por 159 países, mas sem adesão dos Estados Unidos.

⁴Para Fábio Konder Comparato, este é o fundamento dos direitos humanos: em última instância, esse fundamento só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal ou em documentos normativos internacionais. COMPARATO, Fábio Konder. **Obras citadas**, p. 59.

⁵De acordo com Flávia Piovesan, o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção e, por isso, deve ser aplicada à norma que no caso concreto melhor proteja a vítima. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. PIOVESAN, Flávia. Introdução ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos: a convenção americana de direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio [coura]. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25-26.

⁶MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 328.

⁷SILVEIRA, Eduardo Teixeira. Globalização e Neoliberalismo: o direito da concorrência entre empresas nacionais e transnacionais. In: **Revista de direito constitucional e internacional**, n. 40, p. 68-87.

⁸MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2002, p. 53.

Aqui reside a árdua tarefa dos juristas da atualidade: estabelecer um diálogo de coerência entre o mercado e a pessoa. Carmen Lúcia Silveira Ramos reforça a preocupação com a criação de mecanismos de intervenção para um raciocínio ponderado entre interesses econômicos privados e a satisfação das necessidades coletivas:

Não significa, repita-se, sustentar a unicidade do direito positivado, o que seria mais um mito, como o foram a completude e unidade tradicionalmente defendidas pelos juristas com base no sistema jurídico de modelo liberal, mas reconhecer a necessidade da instituição de mecanismos intervencionistas, em especial solidaristas, capazes de direcionar no sentido de uma justiça distributiva global.⁹

Desse modo, a nova realidade de abertura de mercados também aqui não poderá deixar de lado a análise do Direito sob o ponto de vista de sua função social, consagrando a possibilidade de uma interpretação internacional voltada à prevalência dos direitos fundamentais.

2. Um direito comum dos contratos na União Européia

Ainda que prevaleça uma impossibilidade de redução das legislações mundiais a um único corpo legislativo, há que se ressaltar a importância do estudo e aprofundamento da principiologia para criação de valores comuns na solução de conflitos internacionais.

Com o estabelecimento de valores máximos comuns, muitos conflitos contemporâneos poderão ser resolvidos sem prejuízo da forte internacionalidade que caracteriza os tempos atuais.

A situação na Europa tende a considerar a hipótese de elaboração de um código de direito privado comum. Esse processo de unificação do direito contratual na União Européia é uma necessidade a fim de incrementar o processo de integração, por meio da abertura de mercados e a introdução de regras gerais para as contratações que envolvam os países membros.

As propostas de elaboração de um código único ainda se encontram centradas na esfera acadêmica e algumas diretivas tendentes a criar regras de ordem comum. Os projetos acadêmicos mais significativos são os desenvolvidos pelas comissões Lando e Gandolfi. A base das preocupações dessas comissões é justamente estabelecer princípios elementares para a teoria contratual em todo o território europeu.

Ao analisar o Código Europeu dos Contratos, elaborado pela academia de *ius privatistas* europeus de Pavia, José Luís de los Mozos ressalta a importância do princípio da boa-fé, tanto na interpretação dos contratos como para o estabelecimento dos deveres gerais de correção, de informação e de reserva.¹⁰

O princípio da transparência é um dos elementos já definidos como primordiais para regulação da seara contratual na Europa. Advindo das relações consumeristas, a utilização desse princípio deve ser estendida a todas as relações, ainda que de caráter empresarial/negocial. A regulação comunitária pauta-se por essa orientação, no sentido de garantir o acesso de suas regras a todos os cidadãos da União Européia.

A transparência é a regra máxima do direito europeu. De certo modo, esse princípio equivale aos termos da boa-fé, característica ressaltada no direito privado brasileiro. De fato, a observância de regras claras e precisas na contratação (e ainda nas fases pré e pós-contratual) nada mais é do que uma modificação de nomenclatura para a já conhecida boa-fé objetiva.

A unificação do direito privado europeu parte dessa idéia do estabelecimento de princípios gerais que reflitam os anseios do momento social que vivenciam e que possam determinar regras acerca de seus principais problemas, como o momento do pagamento, preço, onerosidade da prestação, etc.

Tal preocupação justifica-se pela forma de integração da UE, uma comunidade de tipo econômico e que, portanto, vincula-se à liberação de bens, de pessoas e de serviços. Assim, quanto maiores a liberdade e a segurança jurídica dessa circulação, melhores serão os benefícios para toda a Europa¹¹.

A base da unificação do Direito europeu deverá ser erguida sobre princípios gerais, de aplicação imediata sobre a ordem jurídica nacional. *Os princípios Unidroit distinguem-se por as normas referentes a este ponto terem um âmbito objetivo de aplicação mais restrito, pois incidem apenas sobre as condições gerais do contrato. Regem somente, por outro lado, os contratos de comércio internacional*¹².

A cultura mercantilista ainda permanece como forma de integração na Comunidade Européia. Inicialmente a UE nasceu de uma necessidade econômica, mas esse panorama vem mudando lentamente, consagrando uma nova perspectiva de enxergar o mercado como instrumento para uma integração na qual prevaleça a defesa dos valores fundamentais da pessoa.

⁹RAMOS, Carmen Lúcia Silveira (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 23.

¹⁰LOS MOZOS, José Luís de. Anteprojeto do código europeu de contratos na academia de Pavia. In: **Revista brasileira de direito comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2000, n. 18, 1º sem. 2000, p. 130-147.

¹¹VETTORI, Giuseppe. **Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti**. Casa Editrice Antonio Milani, 1999, p. 875.

¹²RIBEIRO, Joaquim Sousa. O imperativo de transparência no direito europeu dos contratos. In: FIUZA, César et al. **Direito civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 151.

3. Contratações pela Internet

A globalização conduz à necessidade de adequação de regras, no sentido de fornecer instrumentos hábeis para solução dos conflitos ligados à crescente internacionalidade das relações jurídicas. No campo dos contratos deve-se ressaltar também a crescente importância das contratações por meio eletrônico.¹³

Em que pesem algumas iniciativas isoladas de regulamentação das relações jurídicas travadas pela internet¹⁴, há de se ressaltar que até o momento a regulamentação para a contratação por meio eletrônico segue as regras semelhantes à *lex mercatoria*, ou, de acordo com Newton de Lucca, a *lex electronica*¹⁵.

Além disso, aumenta a importância do contrato para fornecimento de produtos e bens informáticos, em razão da valorização conferida aos bens imateriais. Forte exemplo disso são os *softwares* desenvolvidos pela indústria da informática.

Por tais razões a evolução do contrato não pode deixar de reconhecer que os mercados fechados de outrora não mais existem. *A abertura comercial imposta pelas circunstâncias, a desregulamentação progressiva e a redução da intervenção do Estado burocrático e até do Welfare State fizeram com que viessem a prevalecer as regras do mercado*¹⁶. Com isso, antigas políticas protecionistas cedem espaço para criação de acordos e parcerias internacionais que reduzem barreiras alfandegárias e incentivam a troca entre países.

A economia de mercado é uma política adotada até mesmo por aqueles países que defendem uma concepção socialista. Paralelamente a esse quadro, contratações efetuadas por meio eletrônico oferecem boas oportunidades para tratativas negociais de caráter internacional. A evolução dos meios de comunicação de massa é um instrumento de potencial desenvolvimento da economia, tendo em vista a maior facilidade na aquisição de bens e serviços.

Não se pode falar em internacionalização do contrato sem mencionar os impactos da revolução tecnológica no cotidiano de todos nós. Seguramente o advento da internet propiciou e alavancou maior aproximação de povos e culturas, conferindo maior velocidade às contratações de modo geral.

Os contratos atuais podem ser desmaterializados, como aqueles que se travam por meio eletrônico. Mas a forma virtual não é sinônimo de ausência de proteção. A teoria geral dos contratos é aplicada tanto para os contratos típicos quanto os atípicos, sejam

estes entabulados na forma escrita tradicional ou pela internet. Há que se ressaltar que também nessa nova forma de criação de contratos deve existir transparência nas negociações e negação de comprometimentos contrários aos interesses coletivos, de acordo com as cláusulas gerais dos arts. 421 e 422 do atual Código Civil.

O tempo atual não é mais visto como um mundo da segurança, mas se caracteriza pela abertura do sistema através da qual se autoriza a acomodação de situações diversas por meio da aplicação dos princípios fundamentais expressos na Constituição. Há de se ressaltar que a principiologia não consagra limites aos contratos, mas sim os potencializa para sua concepção de busca da verdade material.

Assim, em vez do contrato irrevogável e fixo de outrora, temos um contrato dinâmico e adaptável, que permite revisão de seus termos sempre que se fizerem presentes condições que venham a causar desequilíbrio em suas prestações. Também o comportamento ético por meio da boa-fé e lealdade autoriza a ruptura de pactos atentatórios aos deveres de confiança e transparência na atitude dos contratantes.

O relativismo contratual de hoje é consequência da pós-modernidade, que não mais consegue buscar soluções apenas tendo por base regras rígidas e de caráter imutável. O uso dos princípios fundamentais expressos na Constituição consagram verdadeira oxigenação para dentro do sistema privado brasileiro, autorizando a busca de soluções mais corretas e equilibradas.

Certamente é possível a criação de regras e princípios comuns para as contratações da pós-modernidade, extraídos do que se considera fundamental para o desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e solidária – seja esta de caráter nacional ou mundial. Nessa linha de raciocínio, Claudia Lima Marques propõe nova dimensão ao direito internacional privado:

Propomos uma utilização atualizada do direito internacional privado, preenchendo essas normas com valores sociais que permitirão a harmonia das relações internacionais, necessária em nosso tempo; um DIPr de solução material dos complexos conflitos pós-modernos que agora envolvem direitos humanos e limites constitucionais, um DIPr ‘narrativo’, que vise a, que ‘discurse’ – e ao mesmo tempo promova ‘discussão’ – que efetive a necessária proteção dos mais fracos nos mercados internacionalizados dos dias de hoje¹⁷.

¹³Conforme observa Newton de Lucca: a transição que vivemos é evidente. Assim como a Revolução Industrial haveria de modificar as feições do mundo, a ainda incipiente revolução digital irá transformar a face do planeta. A diferença entre uma e outra – se é que se tenha segurança, hoje, para tentar estabelecer um paralelismo entre ambas – situa-se na velocidade surpreendentemente maior com que as referidas transformações irão ocorrer no decorrer da segunda. (...) Enquanto na sociedade industrializada era a quantidade de trabalho investida nos produtos e serviços que servia de paradigma de valor, na sociedade digitalizada, será a quantidade de informação e conhecimento que tais produtos e serviços conseguirem agregar que determinará a formação do paradigma. DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 397.

¹⁴ISAGUIRRE, Katya. **Internet: responsabilidade das empresas que desenvolvem os sites para web-com**. Curitiba: Juruá, 2001.

¹⁵LUCCA, Newton de. **Obra citada**, p. 399.

¹⁶WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise et al. **O Direito Civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77.

¹⁷MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 344.

A valorização dos direitos humanos pode ser um denominador comum entre a diversidade de legislações do mundo. Normalmente consagrados nos textos constitucionais, os valores atinentes à pessoa são também fundamento de eficácia para as normas constitucionais, uma vez que a Constituição não pode ter uma existência autônoma da realidade.

A Constituição não configura, portanto, apenas a expressão de um ser; ela significa mais do que o simples reflexo das relações fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela¹⁸.

Assim temos a tutela do contrato a partir da dignidade, como limite interno da relação travada entre as partes. A ética nos contratos, sejam estes virtuais, documentais, sejam firmados por nacionais e estrangeiros, tem seu fundamento na dignidade da pessoa humana.

4. Conclusão

Essas breves considerações ressaltam que a sociedade atual é por demais complexa para ter suas soluções listadas em códigos. O uso dos princípios fundamentais permite uma aproximação de diferentes corpos legislativos partindo da concepção de que as relações entre Direito e Economia deve se pautar pela defesa dos valores inerentes à pessoa.

Os contratos não fogem dessa realidade, uma vez que são instrumentos fundamentais na abertura de mercados exigida pela globalização. Seu conceito pós-moderno demanda na necessária consideração de que é esse também funcionalizado, consagrando a prevalência da dignidade do ser humano acima das regras tradicionais de mercado¹⁹.

O ingresso de capitais estrangeiros e os processos de globalização acarretam importantes mudanças na seara contratual. O processo de integração global, porém, não demanda ainda na criação de um direito privado comum.

Da União Européia ressalta-se o fato de que a preocupação maior dessa comunidade é a entabulação de regras gerais para a contratação de bens e serviços. As propostas existentes, contudo, não abrangem a reformulação total de um direito privado comum. O exemplo da União Européia é necessário para eficiência

do processo de unificação do bloco econômico, mas ainda é insuficiente por estar concentrado fortemente nas exigências puramente econômicas que demandam essa aproximação.

A segurança jurídica que se espera dos contratos firmados por meio eletrônico parte da teoria geral dos contratos e deve ter por base as orientações constitucionais, especialmente porque a evolução tecnológica não pode permitir a fragilidade do ordenamento e, com isso, aparentar fragilidade na proteção aos contratantes.

É forçoso reconhecer que diante da imensa variedade de legislações existentes no mundo, a criação de regras únicas para um Código Comum dos Contratos não é alternativa viável. Da mesma forma, inviável é a concepção fechada do Direito a um “nacional-positivismo”, centrado unicamente no direito estatal produzido por determinado país, isso porque as regras de mercado atual não sustentam tal posição.

Em contrapartida, a preocupação com a defesa aos direitos humanos é uma questão que transcende fronteiras e, portanto, justifica a elaboração de princípios vetores que sirvam para garantir aos contratos celebrados internacionalmente a garantia de uma efetiva liberdade econômica voltada à preservação das diferenças culturais de cada país, sem esquecer que a finalidade de toda ordem econômica justa é o homem. Assim, há de se considerar que a internacionalização do contrato deve consagrar a iniciativa econômica como instrumento para a dignidade, autorizando a intervenção do Estado para assegurar a ética de mercado, na busca de algo que conjugue mercado e solidariedade.

5. Referências

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COURTINE-DÉNAMY, S. C. **Hannah Arendt**. Instituto Piaget. 1994.

DE LUCCA, N. **Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DINIZ, M. H.; LISBOA, R. S. et al. **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003.

HESSE, K. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

¹⁸HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

¹⁹Para Pietro Pierlingieri: nel nuovo diritto dei contratti assume un rilievo forte, non tanto il contraente piú debole, quanto la tutela di un equilibrio giusto di un'equità del rapporto e quindi di una tutela della persona, che trova motivi di approfondimento e di confronto nella riforma, molto importante, del sistema di diritti internazionale privato. PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto dei contratti fra persona e mercato**. Napoli: Scientifiche Italiane, 2003, p. 478.

FIÚZA, C. et al. **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, s. i. ano de publicação.

GRAU, E. R.; GUERRA FILHO, W. S. (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

ISAGUIRRE, K. **Internet**: responsabilidade das empresas que desenvolvem os sites para web-com. Curitiba: Juruá, 2001.

LOS MOZOS, J. L. de. Anteprojeto do código europeu de contratos na academia de pavia. In: **Revista brasileira de direito comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2000, n. 18, 1º sem. 2000, p. 130-147.

MARQUES, C. L. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor**. São Paulo: RT, 2004.

NALIN, P. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

PAESANI, L. M. **Direito e internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000.

PIERLINGIERI, P. **Il diritto dei contratti fra persona e mercato**: problemi del diritto civile. Napoli: Scientifiche Italiane, 2003.

PIOVESAN, F.; GOMES, L. F. (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RAMOS, C. L. S. (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS, B. de S. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

SILVEIRA, E. T. Globalização e neoliberalismo: o direito da concorrência entre empresas nacionais e transnacionais. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 40, 2004.

VETTORI, G. **Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti**. Casa Editrice Antonio Milani, 1999.

Artigo 03

Ensaio sobre a Incidência dos Direitos Fundamentais na Construção do Direito Privado Brasileiro Contemporâneo Mediante o Direito Civil-Constitucional no Brasil¹

de Luiz Edson Fachin²

1. Introdução. 2. Da codificação à constitucionalização. 3. Possibilidades e paradoxos diante do novo Código Civil. 4. Inventário mínimo para explicitar os caminhos da construção do Direito Privado brasileiro contemporâneo. 4.1. Existência, validade e eficácia com base na metáfora dos planos clássicos. 4.2. Tripé fundante do sentido possível de constitucionalização. 5. Direitos Cíveis Constitucionais e pluralismo doutrinário. 6. Conclusão.

RESUMO: A teoria crítica do Direito Civil brasileiro contemporâneo conduz ao repensar de tríplice base fundante do Direito Privado, superando dicotomias e mitos conceituais, bem assim titularidades absolutas e definições insípidas, apresentando hoje mais que debate sobre limites exógenos da propriedade e do contrato, e sim fundamentos teóricos sobre os limites endógenos, a reclamar eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Palavras-chave: direito civil; direitos fundamentais; teoria crítica; constitucionalização.

1. Introdução

O debate que entrelaça direitos fundamentais, novos direitos e relações existenciais (aí inseridos os direitos de personalidade) suscita a problematização de premissas vincadas pela incidência daqueles direitos nas relações interprivadas. Tal incidência dá o norte da construção do Direito Privado contemporâneo no Brasil e se estatui fundante de um catálogo mínimo para o Direito Civil-Constitucional brasileiro.

Impende, por conseguinte, examinar tais premissas e verificar, nessa área, o atual *estado da arte* na doutrina brasileira recente, de modo crítico e construtivo. Tal verificação cabe no arquétipo de um ensaio, e dessa junção de fins e meios resultou a presente reflexão.

De saída, anote-se que o Direito Civil-Constitucional evidencia três superações: a do monismo das fontes, a da rigidez literal da hermenêutica, e a da significação monolítica de institutos e figuras jurídicas fundantes da radiografia das relações sociais, como contrato, família e propriedade. Apreende como método um procedimento dialético problematizante assentado na crítica e na permanente reconstrução dos sentidos atribuíveis ao campo jurídico.

Sob tais balizas segue o presente exame.

2. Da codificação à constitucionalização

Uma precisão de travessia espaço-temporal se faz preambularmente imprescindível.

Não se trata mais de sustentar a reconstrução do Direito Privado brasileiro em torno da idéia de *codificação*, sem embargo da relevância dos códigos como signos lingüísticos culturais e sociológicos. Demarca, por isso, novas fronteiras, do que é exemplo a interpenetração dos espaços públicos e privados reconhecidos na doutrina, na legislação e na jurisprudência.

Tome-se como exemplo a regulação do bem de família e direitos fundamentais. Partindo de uma premissa assumidamente controvertida, a de que o acesso à moradia é direito fundamental de natureza prestacional, uma investigação de feito Civil-Constitucional tentará evidenciar que somente uma hermenêutica extensiva do bem de família (quer legal, quer voluntário) poderá contribuir para a efetividade daquele direito, sistematizando julgados que problematizem tal questão.

Mais que isso, debaterá, no campo da realização dos direitos fundamentais e da incidência do princípio da *reserva do possível*, bem como trazendo à colação os princípios da ponderação e da vedação de retrocesso, meios e instrumentos para o acesso ao bem de família e não tão-só a tutela do bem já existente.

¹O presente ensaio resulta de texto-síntese preparado para o painel I (Normas Constitucionais e o Direito Civil na experiência brasileira) de 21.09.06, do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Reflete sobre a experiência doutrinária brasileira recente no Direito Civil e trata de pressupostos epistemológicos para compreensão das premissas da conformação normativa-principlológica dos direitos de personalidade e das relações existenciais de um modo geral.

²Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR; professor da Pós-Graduação da Unesa; Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo); Diretor Regional Sul do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família); ex-Conselheiro da OAB/PR; membro da ISFL (*International Society of Family Law*), do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros), do IAP (Instituto dos Advogados do Paraná) e da APLJ (Academia Paranaense de Letras Jurídicas); autor de diversas obras e artigos.

3. Possibilidades e paradoxos diante do novo Código Civil

Especialmente após a vigência do Código Civil brasileiro em 2003, é legítimo que sob o pensamento crítico do Direito Civil contemporâneo sejam trazidos à colação desafios e perspectivas, horizontes novos ou renovados, diante desse evento, cujo valimento é patente.

O paradoxo que fez emergir o Código de 2003 diante da principiologia axiológica de índole constitucional – como já tivemos oportunidade de salientar – enriquece o debate e salienta a índole não-linear da cultura jurídica.

Oitenta e cinco anos depois do Código de 1916, a lei n. 10 406, de 10 de janeiro de 2002, reedita, com atualizações e algumas mudanças, o paradigma insular da codificação privada. Serve, *à la carte*, no embarque rumo ao século XXI, uma estada que abriga o porvindouro no pretérito. Relança o modelo da unidade monológica sobre a estrutura de 1916 e compila, sob as vestes de um projeto moderno, premissas que iluminam o modelo passado. Não se pode ignorar a relevância desse evento nem reduzi-lo a uma expressão do adereço erudito.

Nada obstante, é de outra base que trata a reconstrução do Direito Privado. A edificação do tempo que conjuga a vigência de lei n. 10 406/02 e a pedagogia dialógica da teoria e do ensino jurídico crítico do Direito Civil sugerem, diante do evento de novo Código Civil, aprofundar questões que apreendem e perpassam a reforma codificadora e nela não instalam seus limites.

Assim, além de prosseguir na consolidação dos pressupostos da crítica que reconstrói, sob o pátio daquela principiologia axiológica de índole constitucional, permanentemente as premissas do Direito Civil em movimento, a expansão do campo dedicado ao contemporâneo recomenda projetos, linhas de pesquisa e afazeres docentes tradutores das possibilidades interinstitucionais e multidisciplinares da escavação intelectual coletiva e singular.

4. Inventário mínimo para explicitar os caminhos da construção do Direito Privado brasileiro contemporâneo

Nesse sentido, em singelo texto-síntese, pretende-se aqui expor dois catálogos mínimos para nomear os caminhos da construção do Direito Privado contemporâneo à luz dos pressupostos e do fio condutor do Direito Civil-Constitucional na experiência brasileira: de um lado, a tríplice configuração espaço-temporal da metódica do Direito Civil-Constitucional nos planos da existência, da validade e da eficácia; de outra parte, as três dimensões da *constitucionalização* do Direito Civil para um sentido emancipador no Direito brasileiro contemporâneo.

4.1. Existência, validade e eficácia com base na metáfora dos planos clássicos

Na construção do Direito Privado brasileiro, o Direito Civil-Constitucional, como método e significado, existe, é válido e é eficaz na doutrina, na legislação e na jurisprudência. Os planos da *existência, validade e eficácia* são aqui tomados por empréstimo metafórico da contribuição inelével da doutrina brasileira, vertida em clássicos autores, como Pontes de Miranda e Orlando Gomes, sempre presentes, bem assim nos modernos civilistas, como Antônio Junqueira de Azevedo.

Principie-se pelo traçado da existência, o qual, a seu turno, também se triparte: primeiro, na objetiva cognição do fenômeno cuja gênese do centro irradiador está no texto constitucional, mas a ele não se resume, como se apreende das lições de Ingo Sarlet e Luís Roberto Barroso; segundo, a autoridade que a denominação inculcou na produção jurídica nacional, sendo exemplo obras, ensaios e estudos de Gustavo Tepedino, Paulo Luiz Netto Lobo, Maria Celina Bodin de Moraes, dentre outros; e em terceiro lugar, ainda que seja paradoxal, a resistência episódica que o contexto expia nos debates doutrinários é a demonstração, *a contrario sensu*, da própria substância do que se refuta.

Da existência, migre-se, prontamente, para o *script* da validade do Direito Civil-Constitucional brasileiro. O princípio democrático e a dimensão material do texto constitucional, que bem se espelham na obra e nos pronunciamentos dos Ministros Eros Roberto Grau e Sepúlveda Pertence, são o atestado de que o aferir da *validade* do Direito Civil contemporâneo, do ponto de vista da sua legitimação, revela a coerência da construção que recolhe a força criadora dos fatos por meio da porosidade constitucional.

Impende granjear, nesse caminhar, o plano da eficácia. No que concerne à eficácia, cabe esclarecer, desde logo, sem prejuízo de que a Constituição e os direitos fundamentais se aplicam às relações interpretadas com a mediação realizada pela atuação jurisdicional no exercício dos deveres de proteção, que também não se pode negar a eficácia direta e imediata da norma constitucional nas relações pertinentes ao Direito Civil. Sustentar o inverso é fazer da Constituição *letra morta*.

A jurisprudência vem gradativamente apreendendo essa nova racionalidade e engendrando sua concretização sob uma perspectiva simultaneamente tópica e sistemática, como demonstra Renan Lotufo em sua empreitada docente e intelectual.

Eis aí a primeira exposição tricotômica de efeito meramente didático para o fim dessa reflexão em marcha. Há mais, porém.

4.2. Tripé fundante do sentido possível de constitucionalização

Cumpra, agora, no outro tripé, arrojando-se nos três sentidos da *constitucionalização* (formal, substancial e prospectiva).

É possível encetar pela dimensão formal, como se explica. A Constituição Federal brasileira de 1988, ao ser apreendida tão-só em tal horizonte, se reduz ao texto positivado, sem embargo do relevo, por certo, do qual se reveste o discurso jurídico normativo positivado. É degrau primeiro, elementar regramento proeminente, necessário, mas insuficiente.

Sobreleva ponderar, então, a estatura substancial que se encontra acima das normas positivadas, bem assim dos princípios expressos que podem, eventualmente, atuar como regras para além de serem *mandados de otimização*. Complementa e suplementa o norte formal anteriormente referido, indo adiante até a aptidão de inserir no sentido da *constitucionalização* os princípios implícitos e aqueles decorrentes de princípios ou regras constitucionais expressas. São esses dois primeiros patamares, entre si conjugados, o âmbito compreensivo da percepção intrasistemática do ordenamento.

Não obstante, o desafio é apreender extra-sistematicamente o sentido de possibilidade da *constitucionalização* como ação permanente, viabilizada na força criativa dos fatos sociais que se projetam para o Direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, por meio da qual os significados se constroem e refundam de modo incessante, sem juízos apriorísticos de exclusão. Nessa toada, emerge o mais relevante desses horizontes que é a dimensão prospectiva dessa travessia. O compromisso se firma com essa constante travessia que capta os sentidos histórico-culturais dos códigos e reescreve, por intermédio da *ressignificação* dessas balizas lingüísticas, os limites e as possibilidades emancipatórias do próprio Direito.

5. Direitos Cíveis Constitucionais e pluralismo doutrinário

Soa legítimo, por conseguinte, reconhecer *Direitos Cíveis* de índole constitucional, ancorados em percepções aproximadas do dissecar crítico informado pelo movimento da problematização no tripé *das titularidades, do trânsito jurídico e do projeto parental*.

É essa pluralidade que pode abrigar o *diálogo de fontes*, tal como traduzido com perceptibilidade ímpar nos estudos de Cláudia Lima Marques ao arrostar as raias do Direito Civil contemporâneo e as conquistas expressivas do Direito do Consumidor. Por igual, o refinamento teórico da *metódica das circunstâncias do caso*, bem exposta na teoria de Judith Martins-Costa, nomeadamente na seara dos desafios do inadimplemento contratual, ciente de que presentemente, *quem contrata não contrata mais tão-só com quem contrata*, e quem contrata não mais contrata apenas *o que contrata*, numa superação subjetiva e objetiva dos conceitos tradicionais de partes e de objeto contratual, remodelado, inclusive, pelo sítio jurídico que pode ser ocupado pela boa fé, como, aliás, sustentou Paulo Nalin, entre nós, em intrigante ensaio.

Tal porosidade que faz o Direito permeável pela força construtiva dos fatos se agasalhar de maneira acentuada no governo jurídico contemporâneo das relações familiares, bem assim na superação do dogmatismo dos modelos de antemão instalados nos arquétipos ultrapassados, na valorização sócio-afetiva da parentalidade, na interdisciplinaridade entre saberes diversos como se expõem em Rodrigo da Cunha Pereira, e, ainda, nas seqüelas jurídicas pessoais e patrimoniais diante da finitude da vida a demandar interrogações sucessórias valoradas pelo sentido concreta de pessoa, como o perfaz Giselda Hironaka, e nos desafios da biotecnologia, como se lê em Heloisa Helena Barboza, Jussara Meirelles, Maria Cláudia Crespo Brauner, entre outras e outros.

Relevo paritário tem o debate sobre a prestação de direitos fundamentais como a moradia e o espaço urbano, como se reconhece na contribuição de Ricardo Pereira Lira, bem assim nos direitos da personalidade em face dos direitos humanos, do transplante de órgãos e do estatuto jurídico do corpo no *corpo do direito*, à luz da reflexão de José Antônio Peres Gediél.

Revestindo esse olhar da construção do Direito Privado contemporâneo por meio desse viés da doutrina crítica do Direito Civil, singular *locus* apresenta ao debate o ensino jurídico e a metodologia que suscitam os saberes coligados, sob o enfoque que se fez, por exemplo, na tese de Erolthys Cortiano Junior.

Tem-se aqui uma *contabilidade* sem números no balanço transitório a testemunhar, mencionando os caminhantes aqui presentes sem olvidar de referir, ainda que sem citar nome a nome, muitos que, em suas estações e paragens, integram essa mesma jornada, nos passos trilhados no Brasil.

6. Conclusão

Partindo de titularidades absolutas, de definições insípidas, de dogmatismos inaceitáveis, de adjetivações perfunctórias, o Direito Civil brasileiro contemporâneo apresenta hoje mais que debate sobre limites exógenos da propriedade e do contrato, e sim teorização aprofundada dos limites internos, endógenos, a reclamar eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Mentes e corações povoam o Direito Civil brasileiro contemporâneo e que aqui dizem presente no abraço de gerações de juscivilistas vinculados pelo compromisso social, na produção intelectual acadêmica de qualidade e repercussão na jurisprudência, emergindo, sob o farol de seus mestres e educadores, descendentes da prole no cultivo recente de herdeiros que são legatários, mas jamais súditos.

É nesse alastramento que, para além da eficácia horizontal, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais abriu espaço, na doutrina e na jurisprudência, para essa legítima

atuação interprivada de modo direto e imediato, e não apenas de forma indireta ou mediata.

Superou-se o receio da “colonização do Direito Privado” pelos espaços públicos, fruto da timidez do constitucionalismo tradicional. Chegou-se, com efeito, à aplicação dos direitos, liberdades e garantias nas relações entre particulares também.

Sem necessidade de uma nova metodologia própria que tome o lugar da dogmática antiga, essa incidência eficaz (*rectius*: aplicação), direta e imediata, faz do princípio constitucional ao mesmo tempo regra e norma de intensidade suficiente para iluminar os casos concretos e dar ensejo a uma jurisprudência criadora e construtiva.

Além da estrutura de seus institutos fundantes, como a propriedade, a posse, a família, o contrato e a responsabilidade civil, passando pelo filtro do caso concreto, o ordenamento jurídico de caráter civil-constitucional, no Brasil contemporâneo, não se

cinge a seguir diretivas constitucionais como se ainda fossem *meros conselhos*, nem edifica uma nova *fattispecie* hermenêutica.

Faz, isso sim, a construção de uma permanente interrogação que almeja, sempre, saber *para que serve e a quem serve o Direito*.

Se a resposta for encontrar uma sociedade justa, fundada na igualdade material, na superação dos dogmatismos conceituais e da rigidez dos códigos, e que leve seriamente em conta a tutela efetiva dos direitos fundamentais, sem recitar o neolegalismo positivista revestido de teorias que, no presente, se prestam a encobrir velhos matizes, estaremos de acordo.

E é nesse concerto, aberto e plural, atravessado substancialmente pelo irrestrito respeito à diversidade, desprovido de *verdades* coroadas de dogmas, que o tempo desta quadra recolhe a lição de Pietro Perlingieri: “é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil”³.

³À página 34 da obra *Perfis de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Artigo 04

O Direito de Propriedade sob o Enfoque da Teoria de Direito e Economia

de Luiza Maria Thomazoni Loyola¹

Introdução. 1. Teoria de direito e economia. 1.1. Posner. 1.2. Calabresi. 1.3. Coase. 1.4. Críticas. 2. Direito e economia aplicados ao Direito de Propriedade. 2.1. Origem do direito de propriedade. 2.2. Conceito legal de propriedade. 2.3. Uma teoria econômica da propriedade. 2.3.1. Teorema de Coase. 2.3.1.1. Teoria da barganha. 2.3.1.2. Elementos do custo de transação. 2.3.2. Normatividade de Hobbes e teorema de Coase. 3. Conclusão. 4. Referências.

RESUMO: A teoria da *law economics* está sendo amplamente debatida pelos comercialistas. Sob o ponto de vista dessa teoria o direito deve ser aplicado de forma a maximizar o bem estar social. O direito de propriedade é um dos institutos fundamentais do direito contemporâneo. Desse modo, este artigo busca analisar a forma que a *law and economics* analisa o direito de propriedade, especialmente, quanto a sua concepção funcionalizada.

Palavras-chave: *law and economics*; propriedade e função social.

Introdução

A doutrina de direito e economia vem ampliando seu espaço nas academias.

A análise econômica do direito tem sua origem na Europa, mas foi desenvolvida efetivamente nos Estados Unidos, com destaque para Escola de Chicago. Sua característica principal é a adoção de conceitos e princípios da economia como mecanismo eficiente para aplicar o direito. A teoria econômica tem por objetivo estabelecer uma estrutura teórica para análise da lei.

O instituto da propriedade sempre foi encarado como uma das premissas inerentes à própria existência da ciência econômica. No entanto, até o final do século XIX, a importância conferida por esse ramo do saber ao estudo da apropriação limitava-se ao reconhecimento do fenômeno como realidade naturalística e exógena, nos exatos termos da doutrina apregoada por Adam Smith e admitida de maneira incontestada por seus seguidores.

O direito de propriedade, fruto da visão da burguesia francesa de 1789, desenvolveu-se em virtude dos movimentos sociais, principalmente da mudança da filosofia liberal à social. A função social da propriedade é exemplo da incidência dos ditames sociais no direito de propriedade, antes vinculado à teoria liberal, ou seja, à propriedade no seu sentido absoluto. Assim, diante dessa mudança do direito de propriedade, repaginado pela ótica social, bem como da ascensão da análise econômica no direito, a tentativa de conjugação dessas idéias torna-se pertinente nos dias atuais.

Portanto, este trabalho visa a abarcar como a teoria de direito e economia interpreta o direito de propriedade.

1. Teoria de direito e economia

A teoria da economia aplicada ao direito tem sua origem controversa. Há doutrinadores que defendem que a

teoria já viria sendo aplicada por Adam Smith, no século XVIII, quando esse ilustre economista analisou os efeitos econômicos das leis mercantilistas. Outros defendem que a teoria teria sido desenvolvida na Europa, por Ronald Coase e Guido Calabresi. Hoje o principal centro dessa teoria é a Escola de Chicago, e o maior expoente, Richard Posner, em razão da ampliação da análise econômica do direito em todos os ramos do direito.

Nesse sentido, escreve Guiomar Strella Faria:

A nova concepção de direito e teoria econômica, que é quase inteiramente nova, nesta última década e meia, é a aplicação de teses e métodos empíricos da teoria econômica ao sistema jurídico. Essa aplicação se dá especialmente em campos da *common law* como ilícitos civis (*torts*), contratos, teoria e prática da pena, ao processo civil, penal e administrativo, à teoria da legislação, à aplicação da norma jurídica e à administração judicial. No entanto, na velha concepção das relações do direito e da teoria econômica, restringiu-se a atenção às leis que regiam relações econômicas explícitas e, certamente, a um conjunto bastante limitado dessas normas (o direito dos contratos, por exemplo, foi omitido). O novo direito e economia não reconhece tal limitação da análise econômica do direito.²

Atualmente, inúmeras universidades americanas, bem como o modo de julgar dos juízes, vêm sendo influenciados pela teoria. Essa influência também tem sido crescente em países europeus, asiáticos e sul-americanos, não só por estudiosos da área do direito, mas também por graduados em ciências econômicas. No Brasil, especificamente, o estudo dessa teoria é bastante forte nas escolas paulistas e cariocas de direito.

¹Advogada e Economista. Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelas Faculdades Integradas Curitiba.

²FARIA, Guiomar T. Strella. *Interpretação Econômica do Direito*. São Paulo: Livraria do Advogado, 1994, p. 33-34.

1.1. Posner

Richard Allen Posner, juiz do tribunal de apelação da 7ª circunscrição norte-americana, professor da Universidade de Chicago, cuja principal obra é *Economic Analysis of Law*, escreveu sobre diversos assuntos, inclusive políticos, sendo em 2004 eleito um dos vinte doutrinadores mais influentes no direito americano e, em 2005, indicado ao prêmio Nobel de economia.

A partir da elaboração da citada obra, o ilustre doutrinador foi considerado o maior expoente da doutrina da análise econômica da lei. A obra é bastante elogiada, em razão da expansão da aplicação dos métodos e teorias econômicas a todas as áreas do direito.

O livro *Análise Econômica do Direito*, escrito na década de 60, reconhece que não é nova a aplicação da teoria econômica (teses e métodos empíricos) no direito, entretanto, o que inova a teoria é a multiplicidade de problemas jurídicos que se aplicam à teoria econômica, ou seja, a todos os ramos de direito. O que o diferencia de antes, quando só se aplicava a teoria econômica se houvessem relações econômicas envolvidas, por exemplo, é que o direito contratual não era abordado. Na proposta trazida por Posner não há tal limitação de aplicação, tendo a teoria econômica papel normativo e positivo sobre os ramos do direito. Por exemplo: no direito penal, quando se comete um crime deve-se analisar a relação custo (penalidade e dispêndio) – benefício (satisfações tangíveis e intangíveis) entre a ação delituosa e as medidas repressivas e preventivas de ilícitos.

Calabresi pensava de maneira distinta de Posner, pois defendia que não se devem substituir critérios jurídicos por econômicos, mas utilizá-los como subsídios multidisciplinares da temática imposta, ou seja, como instrumento para aperfeiçoar as instituições jurídicas e decisões dos tribunais³.

Na responsabilidade civil, Posner sustenta que a compensação por ato de negligência seria justamente para desencorajar acidentes antieconômicos. A reparação da vítima por eventuais perdas é tida como algo secundário, pois a verdadeira finalidade é econômica, isto é, forçar a mudança de comportamento para evitar outras perdas. A indenização paga à vítima, portanto, é mero detalhe⁴.

Na verdade, para limitar essa responsabilização, surge a teoria do enriquecimento ilícito, cuja idéia principal é evitar desperdícios, pois o desperdício vai de desencontro com a eficiência⁵.

A respeito da atividade do judiciário, o ilustre autor defende que o sistema da *common law* é o mais eficiente. Posner

fundamenta a eficiência trazida pelo sistema norte-americano como explicação do crescimento do país no século XIX, pois a *common law* traria permissividade da atividade econômica, possibilitando desenvolvimento econômico mais acelerado⁶.

Posner ainda insere nas funções da norma jurídica o conceito de eficiência econômica: a *common law* vincula custos da violação do princípio, que operam para acentuar a eficiência de uma economia de mercado. Para Posner, a eficiência econômica seria resultado da maximização do valor, obtido na exploração dos recursos necessários à satisfação das necessidades econômicas do homem medidas pela agregada intenção do consumidor de pagar pelos mesmos bens. A eficiência ocorre quando o valor máximo do comprador e vendedor estão dispostos, respectivamente, a receber e a pagar. A finalidade da *common law*, portanto, é assegurar a maximização da eficiência econômica na sociedade. Não se trata de maximizar a riqueza, mas a busca de um valor social máximo⁷.

Para Guiomar S. Faria:

A interpretação econômica não levará a sociedade a saber como comportar-se para evitar roubo, por exemplo, mas poderá ser capaz de mostrar à sociedade como ela poderá ser mais eficiente, para obter maior prevenção a mais baixos custos, usando métodos diferentes.⁸

O julgador deve atentar não só aos argumentos das partes, mas julgar de forma a inibir casos iguais, mediante redução dos custos pelo desestímulo na reincidência.

No caso, a sociedade deveria pensar nas pseudojustiças, nos custos das políticas, de modo a refletir sobre o que seria menos oneroso para ela, se a prisão perpétua ou a pena de morte. Propõe que, para crimes dispostos na lei antitruste, as penas deveriam ser substituídas por multas, de modo que o pagamento em dinheiro seria muito mais benéfico à sociedade do que gastar com a manutenção do preso⁹.

A respeito do direito de propriedade, reconhece as diferenças entre a concepção jurídica e econômica. Coloca que o mercado é o método mais eficiente para otimizar o uso da terra, até mais eficiente do que os litígios judiciais. Já aborda a questão da compra do direito de poluir, com base no direito de vizinhança.

Posner sustenta que, se o direito falhar na imputação das responsabilidades, podem as partes transacionar de modo a anular a atribuição legal. A importância da *common law* é menor quando os custos de transação são menores, onde os costumes e as práticas são eficientes, e as regras criadas são ineficientes ou inúteis¹⁰.

Calabresi critica a teoria de Posner, trazendo um conceito

³FARIA. *Opus cit.* p. 35.

⁴*Idem.*

⁵*Ibidem*, p. 39.

⁶*Ibidem*, p. 36.

⁷*Idem.*

⁸*Ibidem*, p. 38.

⁹POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Canadá: LIB, 1977, p. 79.

¹⁰FARIA. *Opus cit.* p. 42.

da responsabilidade civil que se aplicaria tanto ao sistema jurídico da *civil law* e o da *common law*. Calabresi sustenta que uma sociedade de mercado determina os direitos, de modo que o ônus dos acidentes é determinado pela atividade envolvida¹¹.

1.2. Calabresi

Guido Calabresi é italiano, naturalizado americano, formado em Direito pela Universidade Yale, juiz da Corte de Apelações dos Estados Unidos da 2ª Circunscrição, e professor titular da Universidade de Yale.

As principais contribuições para a teoria de direito e economia estão no campo da responsabilidade civil e na interpretação do teorema de Coase.

É reconhecido como um dos fundadores da teoria da economia aplicada ao direito, com a publicação do artigo *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* na Revista de Direito da Universidade de Yale (CALABRESI, **Yale Law Journal**, v. 70, 1961). Posteriormente, esse artigo foi desenvolvido e transformado no livro *The Cost of Accidents: a legal and economic analysis* (**O Custo dos Acidentes: uma Análise Legal e Econômica**). Outra obra de grande expoente do autor para a teoria é a intitulada *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral* (**Regras da Propriedade, Regras de Responsabilidade Civil e inalienabilidade: uma Visão do Catedrático**), que escreveu juntamente com Douglas Melamed.

A tese principal do referido trabalho baseia-se no fato de alguns direitos, como a própria liberdade, serem inalienáveis – por exemplo: você não pode se vender para escravidão –, enquanto outros são apenas protegidos pela responsabilidade civil – por exemplo: o transgressor (inimigo) pode invadir o direito de propriedade do queixoso (demandante) e estar sujeito à responsabilização apenas por danos monetários pela perda econômica. Esse tipo de proteção do direito do transgredido poderia prevenir o proprietário do direito de negar outros usos. Enquanto há direitos que são protegidos por relevância social, concede ao proprietário o direito de prevenir outros danos, como, por exemplo, a exclusão, de usar até mesmo se o transgressor tiver direito de pagar os danos causados. Também faz análise de que os diversos interesses envolvidos sobre um fato trazem variados métodos e níveis de proteção do fato. Alguns direitos são inalienáveis, outros protegidos pelo direito criminal e outros, ainda, pela responsabilidade civil.

1.3. Coase

Ronald Harry Coase é economista britânico, ganhador do prêmio Nobel de economia em 1991, e professor catedrático da Universidade de Chicago. Reconhecido como um dos pais da

teoria de direito e economia moderna, escreveu dois artigos que o colocam como expoente nessa teoria: *The Nature of the Firm* (A Natureza da Firma) (COASE, **Journal of Law & Economics**, v. 3., n. 1, 1960), e *The Problem of Social Costs* (O Problema dos Custos Sociais).

No artigo *Natureza da Firma*, introduz o conceito dos custos de transação para explicar o tamanho das firmas. Essa teoria tem influenciado principalmente a teoria moderna das organizações e da regulação estatal. Nesse artigo, Coase tenta explicar o motivo da existência de tantas firmas de serviços, em vez de uma série de trabalhadores autônomos que contratariam uns aos outros, os quais não teriam nenhuma organização empresarial. Por que e em que circunstâncias essas firmas se desenvolveriam? Como as firmas necessitam de contratação de pessoal, deveriam buscar ajuda na contratação em vez de contratar por escolhas pessoais.

A teoria econômica aplicada sugere, baseada na eficiência do mercado, que será sempre mais barato contratar em vez de alugar. Coase notou, entretanto, que há inúmeros custos de transação nesse mercado – o custo de obter um bom serviço pelo mercado é, na realidade, o mais justo preço do bem-estar. Outros custos, como de pesquisa, informação, negociação, segredos industriais, regulação e sanções, podem ser todos potencialmente acrescidos nos custos de procurar algo no mercado. A firma crescerá se o arranjo produtivo interno evitar os custos de transação. O tamanho ótimo da firma será resultado entre as tendências competitivas dos custos. Aumentar o tamanho da firma pode ser inicialmente vantajoso, mas os rendimentos decrescentes poderão eventualmente ser reduzidos, prevenindo que a firma cresça indefinidamente.

O segundo artigo, *O Problema dos Custos Sociais*, aponta que quando se tem direitos de propriedade bem definidos pode-se ter majorado os problemas de externalidades. Para analisar a origem da externalidade, o ilustre professor trabalha com o exemplo de um criador de gado, cuja propriedade é demarcada por um fazendeiro plantador de milho. O rebanho do estancieiro vive solto, e um dia invade a plantação do vizinho. As soluções para resolver o problema seriam a construção de uma cerca, a criação de menor número de cabeças ou o fazendeiro diminuir a plantação de milho, todas soluções ineficientes. Caberia ao estancieiro e ao fazendeiro acordar quem suportaria os custos. Se o gado ficasse confinado no rancho, não haveria tantos danos, mas se o gado continuasse solto e o vizinho fosse prejudicado, deveria o estancieiro responder pelos danos causados ao fazendeiro. O fazendeiro, por sua vez, também teria o dever de manter o gado afastado de sua plantação, devendo suportar os custos de eventuais danos. Argumenta ainda que sem custos de transação seria economicamente irrelevante saber a quem recairiam os direitos de

¹¹*Ibidem*, p. 61.

propriedade originários; o estancieiro e o fazendeiro teriam que entrar em acordo sobre a possibilidade de cercar o gado ou não, ou se cercariam a plantação de milho, baseados na idéia do que seria mais eficiente economicamente. A importância do direito de propriedade estaria na eficiência da alocação dos recursos, e principalmente na distribuição¹².

Entretanto, se houvesse custos de transação, os direitos de propriedade originários teriam efeitos significativos. Do ponto de vista da eficiência econômica, os direitos de propriedade transferidos, assim como os direitos do proprietário, visam à tomada de decisões eficientes. Dessa forma, se a eficiência fosse obtida com a não restrição do rebanho, ao estancieiro deveria ser concedido o direito de propriedade (assim o gado poderia mover-se livremente), porém, se ineficiente, seria concedido ao fazendeiro o direito de movimentação do rebanho (o gado deveria ser cercado).

Assim, o teorema de Coase busca relacionar a eficiência econômica da alocação estatal dos direitos de propriedade. O cerne do teorema baseia-se na ausência de custos transacionais, sendo eficientes todas as alocações estatais do direito de propriedade, porque no interesse pessoal cada parte buscaria diminuir as externalidades. Para desenvolver essa teoria, Coase utiliza o exemplo da regulação das estações de radiofrequências – sendo bem definida a propriedade das frequências, não importaria se a estação de radio limítrofe interferisse por radiodifusão na mesma banda de frequência. Assim a estação mais forte economicamente teria um incentivo para que a outra de menor potencial não interferisse. Na ausência de custos transacionais, ambas as estações poderiam acertar um acordo mutuamente vantajoso. Não haveria importância se uma ou outra estação tivesse o direito sobre a radiodifusão e, conseqüentemente, o direito da radiodifusão terminaria com a parte que pudesse dissuadir o maior valor a ser usado. Entretanto, acabou-se reconhecendo a importância dos efeitos colaterais (externalidade) decorrentes da distribuição inicial dos direitos de propriedade. Assim, os direitos de propriedade poderiam ser transferidos por atores, obtendo então a maior utilidade sobre eles. Logo, a distribuição é ótima. Mesmo nos casos em que a barganha corrigisse as imperfeições na distribuição, os recursos econômicos não deveriam ser gastos em custos de transação. O problema é que na realidade o estado não sabe previamente o valor utilitário dos recursos. Outra consideração é que o estado deve criar instituições que minimizem os custos de transação, de forma a corrigir as distorções na distribuição rapidamente e com menor custo.

1.4. Críticas

As críticas a esta teoria recaem sobre diversos aspectos, principalmente sobre a visão normativa da teoria. A maioria dos adeptos trabalha com a concepção neoclássica da economia, conseqüentemente as críticas incidem sobre a teoria econômica aplicada. As principais críticas se referem à escolha racional dos agentes, principalmente em razão das simplificações realizadas sobre a natureza humana. Também a teoria não levaria em conta as soluções eficientes propostas, os direitos humanos e a justiça distributiva.

Entretanto, as críticas mais pesadas advêm dos teóricos da análise crítica do direito, Duncan Kennedy e Marki Kelman.

Especificamente quanto ao teorema de Coase, a maioria das críticas recai sobre o fato de os custos de transação serem freqüentemente muito altos, impedindo um acordo. O economista James Meade, por exemplo, defende que mesmo para um simples apicultor perto de um plantio o acordo proposto por Coase seria ineficiente. Trata-se de uma análise não-coaseana, do ponto de vista da teoria neoclássica tradicional, com custos de transações exógenos. A visão da economia institucional, adotada por Meade, também considera a dinâmica da criação dos custos de transação¹³.

A outra linha de crítica sobre o teorema coasiano recai sobre o bem-estar social, que se manifestaria pelos acordos coasianos. Na maioria dos casos de externalidade, o acordo não ocorre entre dois atores econômicos, mas pode ocorrer entre uma fábrica contra inúmeros proprietários vizinhos. Nessas situações, dizem os críticos, não apenas os custos de transação se elevam mas também a possibilidade de um acordo ocorrer é impedida pelos problemas básicos do dilema do prisioneiro. O direito de propriedade pode estipular, por exemplo, que os proprietários devam indenizar a fábrica por parar de poluir. Certamente os proprietários diminuirão a poluição causada por eles próprios, na tentativa de que os custos recaiam sobre a carteira dos outros proprietários.

A respeito da proposta de Posner, Dworkin realiza sua crítica no artigo *Uma Questão de Princípios*. As considerações da economia sobre o direito baseiam-se numa concepção de eficiência fundamentada no equilíbrio de Pareto, conceito paretiano esse defasado, pois pressupõe que maximização de riqueza e eficiência são sinônimos. Dever-se-ia utilizar, portanto, o conceito de ofemilidade de Pareto¹⁴, que traz novas concepções para a teoria do valor e da distribuição, com base no equilíbrio geral de Pareto (optimalidade) e na eficiência produtiva. Desse modo, não se deve prender apenas às concepções de utilidade e valor de uso, ou seja,

¹²COASE, Ronald Harry. *The Problem of Social Costs*. 3. ed. Estados Unidos: J Law & Econ I, 1960.

¹³FARIA. *Opus cit.* p. 53.

¹⁴Ofemilidade de Pareto – os indivíduos sabem o que é melhor para eles. Devem saber quais os valores que dão às perdas e aos ganhos. A eficiência econômica, no entanto, pode ser mais ampla e não depender dessa premissa individualista. Rebatendo a teoria marshalliana, um indivíduo pode ganhar uma quantidade a mais de algo que já possuía (utilidade = 0), no entanto vale o prazer de ter uma quantidade a mais.

Já a maximização da riqueza parte do bem-estar social que pode, direta ou indiretamente, colocar-se em relação a um padrão monetário de medida, que seria o bem-estar econômico.

à relação homem–coisa, mas a uma relação dos homens (gênero) com as coisas, em relação ao valor de uso desses bens.

Outra crítica feita por Dworkin é que Posner consideraria a riqueza social como o único componente de valor social. Argumenta-se que não basta produzir valor – é necessário saber sobre a distribuição desse valor gerado.

Por fim, Dworkin critica que os juízes não devem ter por fim primeiro maximizar a riqueza social – esta seria apenas um dos fundamentos das decisões proferidas.

Mitchell Polinski, na obra *Análise econômica como um produto defeituoso: um guia para o comprador de uma análise econômica do direito*, vê a aplicação da teoria econômica ao direito como forma de tornar inacessível o direito aos advogados, em razão da diversidade de teoria e linguagem da ciência econômica. Fundamenta seus argumentos baseado na idéia de que os criminosos, ao praticarem um crime, nem sempre analisariam a relação custo-benefício. censura a idéia de que a Suprema Corte seria mero instrumento de maximização de riqueza social. Recrimina, ainda, a falta de limites da aplicação da teoria, ainda que acredite que possa ser aplicada em todos os ramos do direito; ademais, a aplicação da economia no direito pode ser defeituosa¹⁵.

Outro doutrinador que critica fortemente a teoria é Guido Alpa. Sua crítica baseia-se numa análise histórica, em razão de a proposta apresentada pela escola de Chicago não ser inovadora. Sustenta que a teoria apenas amplia o campo de abrangência de aplicação da teoria. Outra crítica seria que a culpa ainda teria relevância para a compensação dos danos, uma vez que a teoria objetiva da responsabilidade se distanciaria da experiência histórica, não produzindo resultado apreciável. Uma terceira crítica seria o fato de o indivíduo não tomar decisões apenas por fatores econômicos, carregados de pressupostos liberais¹⁶.

O Professor da Universidade da Califórnia, Erik RAKOWSKI, sustenta que o livro escrito por Posner é confuso e superficial, sem soluções, mas apenas indicativo dos problemas. Afirma que os chamados *hard cases* poderiam facilmente ser solucionados dentro do sistema jurídico e filosófico¹⁷.

Críticos como Donahue e Shavell limitam-se à teoria da responsabilidade (*torts*), sustentando que a responsabilidade objetiva adotada pelo *civil law* é superior para controlar as atividades danosas; que o seguro de responsabilidade é socialmente benéfico; e entende ser necessário suplementar a responsabilidade pela imposição de multas, de modo que se opere a dissuasão pelo pagamento além da excelente compensação que as vítimas devem

receber¹⁸.

A teoria de direito e economia vem buscando adaptar-se às críticas anteriormente descritas. Uma prova seria a aplicação da teoria dos jogos ao direito, bem como o método econômico na análise da lei, principalmente pelo uso da estatística e da econometria.

2. Direito e economia aplicados ao direito de propriedade

Os direitos de propriedade fundamentam a alocação de recursos e distribuição de riqueza. Há quem defina a propriedade como o direito de se apropriar de determinados elementos, concedendo o direito de uso exclusivo pela pessoa.

Verifica-se que muitos autores tentam entender as questões sociais com base no que realmente significa a propriedade. Para isso há diversas teorias: a de Betham, para quem a propriedade seria uma expectativa de direito; para Aristóteles, objeto de distribuição justa; para Hegel, auto-afirmação; para Burke, o fundamento de liberdade para a vida em sociedade; para Max Gluckman, conforme analisou na tribo africana de Barotse, a propriedade traria responsabilidades e não liberdade ao indivíduo detentor¹⁹. Para Marx e Engels a propriedade é considerada como uma instituição que permite que poucas pessoas escravizem muitas. A teoria econômica, entretanto, não busca explicar o que a propriedade é, mas verificar qual a forma mais eficiente e distributiva de propriedade.

2.1 Origem do direito de propriedade

Cooter e Ulen propõem como origem do direito de propriedade um mundo em que haja pessoas, terras, ferramentas e armas, mas sem polícia ou tribunais. Nesse mundo imaginário, o governo não reivindica nem protege os direitos de propriedade. Indivíduos, famílias e alianças entre famílias garantem os direitos de propriedade, inclusive designando quais as maneiras de defesa dessa propriedade, de modo que o custo marginal de defendê-la deve ser igual ao custo marginal da propriedade. Assim, tudo o que será realizado na propriedade também passará pelo custo benefício da ação a ser tomada²⁰.

Nesse sentido, se os fazendeiros constatarem que a criação de um estado que proteja a propriedade é menos oneroso do que a proteção individual, será gerado um aparato estatal com tal finalidade. Tal acordo entre a sociedade de proteção da propriedade derivaria no contrato social, que visa a estabelecer os termos da vida em sociedade. Ainda, os recursos seriam transferidos das lutas para o trabalho no campo. A sociedade cria, portanto, o direito

¹⁵FARIA. *Opus cit.* p. 55-56.

¹⁶FARIA. *Opus cit.* p. 59-60.

¹⁷*Ibidem*, p. 65.

¹⁸*Ibidem*, p. 69-70.

¹⁹GLUCKMAN, Max. *Ideas in Barotse*. Jurisprudence 171 (1965).

²⁰COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3. ed. Estados Unidos: Addison Wesley Longman, 2000, p. 78.

de propriedade para encorajar a produção, desestimular o roubo e reduzir os custos de proteção social. Além disso, pode criar formas de aquisição de propriedade de modo a preservar os fins.

A propriedade hoje está longe de ser um aspecto ligado à coisa, como era para os romanos ou no feudalismo. Esse caráter real da propriedade e suas conseqüências são vitais para uma compreensão da propriedade como instituição²¹. Uma série de teóricos vem relacionando os direitos de propriedade como direitos relacionados de um particular a uma coisa, e conferenciam àquelas pessoas o direito de excluir uma classe grande e indefinida de outras pessoas. Assim, os teóricos da propriedade reconheceram na natureza real dos direitos de propriedade a importância como base da segurança em face de uma larga escala de interferências por outras. William Blackstone, por exemplo, definiu a propriedade como “o domínio despótico e único que um homem reivindica e exerce sobre as coisas externas do mundo, na exclusão total da direita de algum outro indivíduo no universo”²².

O cerne dos direitos de propriedade está no fato de ligar as pessoas por intermédio de uma coisa. Esses direitos são impessoais e geralmente ausentes dos direitos e privilégios que algumas pessoas detêm. Quando encontramos uma coisa que esteja marcada na maneira convencional como sendo possuído, sabemos que estamos sujeitos a determinados deveres negativos de nos abstermos, de respeitar essa coisa, não entrar sem permissão, não a usar, não pegar, etc. De fato, esses deveres universais são a transmissão ao mundo da coisa própria.

Portanto, os direitos de propriedade criam os deveres que ligam a todos e fornecem uma base de segurança que permite aos povos desenvolver recursos e planejar o futuro. Essa característica da propriedade, entretanto, impõe encargo informativo num grande número de povos, um encargo que vai além das partes envolvidas no contrato, quanto à obrigação de compreender os direitos e os deveres que recaem diretamente sobre as partes. Consequentemente, a propriedade é requerida para vir em pacotes estandardizados, que compreendem uma série de direitos.

O fato é que o aspecto das coisas na propriedade desapareceu pela maior parte do discurso acadêmico, gerando a reanálise desse princípio central da propriedade. “Esta tentativa constituirá no declínio da concepção da propriedade como distinto dos direitos das coisas no pensamento anglo-americano, e na ascensão do modo de vista entre economistas legais modernos de que a propriedade é simplesmente uma lista dos usos em recursos

particulares”²³. A análise, para a teoria de direito e economia, recai sobre as raízes do direito de propriedade, tendo como principal teórico Ronald Coase, no artigo *O Problema dos Custos Sociais*. Nesse artigo, Coase inclui que a propriedade não tem nenhuma função a não ser a de servir como linha de base para contratos ou para impor restrições coletivas quanto ao uso da propriedade, além de padronizar os conflitos sobre o uso dos recursos exclusivos nos termos de disputas bipolares entre A e B. Assim, houve a ascensão de uma concepção de propriedade como um conjunto de direitos entre pessoas e a concepção herdada dos direitos sobre a coisa.

Na concepção atual de direito de propriedade, o doutrinador que mais influenciou foi Coase, que a compreende como um agrupamento de direitos, elabora uma lista de direitos permitidos e proibidos na utilização de recursos privados²⁴.

Dessa forma, a concepção de propriedade como agrupamento infinito e variável de direitos, de poderes e de deveres tem-se transformado hoje num tipo de ortodoxo. Não é por coincidência que a intervenção do estado nas matérias econômicas foi extremamente ampliada nas décadas do século XX, e os direitos constitucionais do proprietário sobre a propriedade foram restringidos. O movimento da lei e da economia que emergiu nos anos de 1960 e 1970 não questionou a concepção da propriedade como um pacote incerto de direitos²⁵.

2.2. Conceito legal de propriedade

Segundo Cooter e Ulen, para o direito a propriedade seria uma porção de direitos, que descrevem o que pode ou não ser feito com os recursos que se possui: usar, gozar, dispor, possuir, desenvolver, melhorar, transformar, consumir, exaurir, destruir, vender, doar, transmitir, transferir, hipotecar, arrendar, alugar e excluir terceiros. Esses direitos não são imutáveis²⁶, de forma que podem ser restringidos ou ampliados de acordo com o momento histórico envolvido e as peculiaridades dos interesses envolvidos.

Merrill e Smith entendem que essa é a concepção que ficou consolidada pelos doutrinadores. Há outra definição que seria ainda mais geral: a propriedade seria composta por relações legais entre pessoas, e apenas secundariamente com as coisas. E afirma que a pessoa que ainda crê que a propriedade seja o direito sobre uma coisa estaria caindo na inocência de uma criança ou pior²⁷.

Essa visão inocente, colocada por Merrill e Smith, decorre da concepção tradicional civilista, que busca na

²¹MERRILL, Thomas W.; SMITH, Henry E. What Happened to Property in Law and Economics? *The Yale Law Journal*, v. III: 357-390; 16 out. 2001, p. 360-361.

²²WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES *2. Among those influenced by Blackstone's definition was James Madison, who quoted it in his 1792 essay, *Property*, as reflecting the correct understanding of “property” in the sense that includes “a man's land, or merchandise, or money.” MADISON, James. *Property*. *Nat'l Gazette*, mar. 29, 1792, at 174-75, reprinted in *THE MIND OF THE FOUNDER* 186, 186 (Marvin Meyers ed., 1981). In: MERRILL e SMITH. *Op. cit.*, p. 361.

²³MERRILL e SMITH. *Opus cit.* p. 365.

²⁴*Ibidem*, p. 370.

²⁵*Ibidem*, p. 372.

²⁶COOTER; ULEN. *Opus cit.* p. 74.

²⁷MERRILL, Thomas W.; SMITH, Henry E. What Happened to Property in Law and Economics? *The Yale Law Journal*, v. III: 357- 390, 16 out. 2001.

origem romana a sua definição. Para os romanos, os direitos de propriedade recaíam sobre o livre exercício dos recursos, ou seja, a propriedade confere direitos sobre as coisas. Logo, a propriedade cria uma zona privada, na qual os proprietários podem exercer sua vontade sobre as coisas sem serem questionados.

Há premissas que devem ser consideradas: o proprietário é livre para exercer os direitos que recaem sobre a propriedade, o que significa que a lei não requer ou proíbe de exercer esses direitos; e, ainda, terceiros são proibidos de interferir no direito de propriedade de outrem.

Já o conceito econômico de propriedade, segundo Furubotn e Pejovich, seriam “as relações comportamentais sancionadas entre homens que se originam da existência de coisas e são pertinentes a seu uso”²⁸. Assim, para a economia, o direito de propriedade especifica normas de comportamento com relação àquilo que cada um precisa observar na interação com os outros ou a sanção por sua não observância. Stephen coloca o direito de propriedade como “grupo de relações econômicas e sociais, definindo a posição de cada indivíduo no que diz respeito à utilização dos recursos escassos”²⁹.

Como premissas da eficiência econômica, têm-se que os direitos de propriedade devem ser privados e bem definidos. A ausência de direitos bem definidos de propriedade particular reduz o incentivo para que os indivíduos façam melhor uso dos recursos aos quais têm acesso. Parte-se da premissa liberal de que os indivíduos são motivados para maximizar a utilidade (satisfação ou bem-estar), devendo, para isso, também ter assegurada uma retribuição razoável na utilização dos recursos. Para um proprietário utilizar eficientemente a terra, é necessário, além de garantir retorno, dar perpetuidade no direito e também a possibilidade de transferência.

Entretanto, alerta Stephen, a transferência é uma condição necessária, mas não suficiente. Primeiro porque deve ser fácil, com custos baixos. Segundo, para assegurar direito de exclusividade³⁰. Assim, o autor coloca como condições necessárias para obtenção da eficiência dos direitos de propriedade:

- a) universalidade: todos os recursos escassos devem estar em poder de alguém;
- b) exclusividade: os direitos de propriedade devem ser direitos exclusivos;
- c) transferência: necessária para assegurar que os recursos serão transferidos de usos de baixa lucratividade para usos de alta lucratividade³¹.

A principal crítica a essa classificação está no fato que nem todos os recursos podem ser apropriados, como, por exemplo,

o ar, que são recursos comunitários por natureza própria. Há ainda a questão do auto-interesse no direito de propriedade, principalmente quanto aos recursos comunitários, como, por exemplo, a pesca, que pode levar à utilização ineficiente dos recursos.

2.3. Uma teoria econômica da propriedade

Utiliza-se da teoria da barganha, que serve de base da teoria econômica da propriedade e dos direitos de propriedade.

Por acordo, as pessoas frequentemente barganham com termos de interação e cooperação. Contudo, às vezes, os termos da interação e cooperação são impostos para pessoas – por exemplo, pela lei. As regras são mais eficientes quando as pessoas barganham, do que quando impostas por lei, de modo que a lei é desnecessária e indesejável quando há barganha, e necessária e desejável quando não há barganha.

Primeiro se deve definir o que é apropriável, quem pode reivindicar a propriedade (quem detém o direito); posteriormente, quais os limites de utilização da propriedade e quando e quem pode interferir no direito de propriedade. As circunstâncias especiais que limitam a atuação legal estão previstas no teorema coaseniano, anteriormente explicitado – a busca seria a solução mais eficiente.

Cooter e Ulen exemplificam a teoria coaseniana pelo dilema. No exemplo do rancheiro e do fazendeiro, se para aquele construir e manter uma cerca para o gado implicaria em custos de US\$ 75 anuais, já para o fazendeiro cercar a plantação custaria US\$ 50, e os danos médios anuais causados pela invasão do gado seriam de US\$ 100. É claro que a solução mais eficiente seria a construção de uma cerca por parte do fazendeiro.

Entretanto, colocam os ilustres autores que a solução é apenas aparente, uma vez que se pode supor, além do acordo entre as partes, diferentes soluções que a lei poderia dar ao caso, no caso de não haver acordo.

Assim, quando uma atividade interfere em outra, a lei precisa decidir se a parte tem o direito de interferir ou se a outra parte tem o direito de estar livre de intervenções. O resultado eficiente será aquele cuja parte valorize mais os direitos. Quando as partes seguem uma norma de não-cooperação, as normas de alocação implicam na eficiência dos direitos. Quando as partes acordam sobre os seus direitos, a alocação legal dos direitos não importa para a eficiência. O acordo entre as partes pressupõe uso eficiente dos recursos, independente das normas legais impostas.

Contudo, ainda não foi discutido o porquê de algumas barganhas acontecerem e outras não. Coase ainda considera que

²⁸FURUBOTN; PEJOVICH, 1972.

²⁹STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. Rio de Janeiro: Makron, 1993, p. 13.

³⁰STEPHEN. *Opus cit.* p. 14.

³¹*Idem*.

há outros custos de transação para efetuar um acordo, além dos custos de informação dos direitos e interesses envolvidos. Cooter e Ulen colocam que se os custos de transação forem zero, então não haverá porque se preocupar com as questões legais acerca de proteger de forma mais eficiente os direitos de propriedade³². Os interesses privados abordarão a respeito do que poderá ser apropriado, quais os limites de utilização da propriedade, e assim por diante. Ao definir em quais circunstâncias as normas legais não são importantes, Coase especifica também quando as leis são importantes:

quando os custos de transação são altos o suficiente para inibir os acordos, o uso eficiente dos recursos vai depender de como estão assegurados os direitos de propriedade.

Deve-se constatar que há limitações no teorema coasiano, pois apenas considera transações imediatas, e não longas. Uma transação que envolva tempo prolongado pode vir a ter alterações nos custos, inclusive nos custos de oportunidade. Ademais, utiliza a rentabilidade das atividades do fazendeiro e do estancieiro como o mesmo, sabe-se que em casos reais dificilmente tal condição ocorra. Há ainda o fato de muitas pessoas terem mais dificuldade de desistir de algumas coisas do que em adquiri-las, como no caso do poluidor: é mais fácil comprar os direitos do que parar de poluir. Considera-se ainda normas sociais, que podem ser costumes, portanto não necessariamente legais, que acabam abrangendo os sujeitos nas negociações.

2.3.1. Teorema de Coase

A doutrina freqüentemente o explicita através do seguinte enunciado:

Quando os custos de transação são zero, a distribuição de recursos independe da distribuição dos direitos de propriedade.

Assim se teria uma visão de que o Estado de direito não determina a composição da produção. Trata-se de aplicação que parte do princípio de que a troca somente poderia ser feita quando beneficiasse a ambas as partes, pois a decisão do tribunal pode ser modificada caso não apresente solução “eficiente”³³.

O teorema apresenta as seguintes suposições implícitas, segundo Cooter e Ulen³⁴: a troca voluntária é mutuamente benéfica; há perfeito conhecimento das partes e do produto; envolvem mercados competitivos; a justiça é gratuita (sem custos); não há efeitos sobre a riqueza; os produtores maximizam os lucros e os

consumidores, a vantagem.

A grande crítica é que o teorema de Coase não assume que os agentes possam adotar comportamento estratégico, o que implicaria em mais um custo de transação decorrente da condição de incerteza que gera. Ou seja, há possibilidade de uma barganha cooperativa, e a solução desta será sempre eficiente.

Entretanto, quanto à eficiência, cabe salientar que diferentes direitos podem produzir diferente distribuição de recursos, pois afetam a riqueza dos indivíduos. A economia, via de regra, possui metas distributivas que devem ser valorizadas tanto quanto a eficiência. Ambas – eficiência e distribuição – devem ser consideradas como uma só, desde que determinada metade da distributiva envolva um sacrifício da eficiência. Entretanto, considera-se pela doutrina inadequado incorporar as considerações distributivas, pois implicam em juízos de valor.

2.3.1.1. Teoria da barganha

A teoria da barganha fundamenta a teoria econômica da propriedade. Os elementos da teoria da barganha podem ser analisados nas trocas familiares (escambo) – ao se vender um carro usado³⁵, por exemplo.

João, que vive numa cidade pequena, possui um Chevette 1957 conversível em bom estado de conservação. O prazer de possuir e dirigir o carro vale R\$ 3 000,00 (três mil reais). Marcos oferece R\$ 5 000,00 (cinco mil reais), entretanto, após analisar o carro, reduz a oferta para R\$ 4 000,00 (quatro mil reais).

De acordo com esses fatos, a barganha para vender o carro estará entre o valor proposto por João (R\$ 3 000,00), que não aceitará valor inferior, e o proposto por Marcos (R\$ 4 000,00), que não aceitará pagar valor superior. Assim, a barganha estará entre esses valores, sendo considerado o ideal R\$ 3 500,00 (três mil e quinhentos reais), que divide os benefícios.

Isso nada mais é do que a aplicação da teoria dos jogos, pois ambas as partes podem ser beneficiadas se cooperarem entre si. Partindo da questão da divisão do valor extra de R\$ 100,00, a distribuição mais justa seria de R\$ 50,00 para cada, pois, se o carro for vendido a R\$ 3 800,00, João ficará com 4/5 do excedente e Marcos com apenas 1/5. As partes com certeza tentarão um acordo a respeito do preço do carro, utilizando-se de parâmetros para tanto, como as condições mecânicas do carro. Entretanto, mesmo que esse acordo seja possível, nem sempre as partes estão dispostas a cooperar, de modo que a criação de um valor excedente seja dificultada, e ambas as partes devem concordar em como dividir esse excedente. Portanto, a venda do carro consolida o acordo, e o fracasso na negociação corresponde ao fracasso na venda.

³²COOTER; ULEN. *Opus cit.* p. 84.

³³STEPHEN. *Opus cit.* p. 28.

³⁴COOTER; ULEN. *Opus cit.* p. 82.

³⁵*Ibidem*, 76.

Aplicando a teoria dos jogos ao caso, ter-se-ia por base a cooperação (venda do carro) e a não-cooperação (não venda do carro). Se não houvesse a venda do carro, ambos teriam ganhos sociais, uma vez que João continuaria com o prazer de dirigir seu veículo, e Marcos continuaria com sua poupança de R\$ 5 000,00, de modo que o ganho social total seria de R\$ 8 000,00. Se, por outro lado, houvesse a venda, e João aceitasse o preço de venda por R\$ 3 500,00, João continuaria com a poupança de R\$ 1 500,00 e o carro de R\$ 4 000,00. O ganho social seria de R\$ 9 000,00.

Portanto, a teoria da barganha segue três passos: os preços de acordo são estabelecidos, determina-se o valor excedente, e define-se o acordo sobre a distribuição desse excedente.

Assim, para Coase, quando há condições da barganha gratuita, a solução eficiente é atingida independentemente de quem arca com a responsabilidade³⁶.

2.3.1.2. Elementos dos custos de transação

Para Stephen, o custo de transação nada mais seria que o custo da barganha. Estes se dividem em custo da busca de negociadores, negociação da transação e policiamento e execução de normas³⁷.

Já Cooter e Ulen definem os custos de transação como custos das trocas. Também apontam que a troca possui três passos: primeiro, a outra parte interessada deve ser identificada, via de regra alguém que queira comprar o que está sendo vendido ou vender algo que queira ser adquirido; o acordo deve ser fechado entre as partes envolvidas; e, terceiro, o acordo deve ser cumprido. A execução envolve monitorar o cumprimento do acordo pelas partes e, em caso de negativa, impor sanções. Dessa forma, pode-se dizer que há três tipos de custos envolvidos: custos de informação; custos de acordo; e custo de execução³⁸.

Considerando esses três custos, pode-se dizer que os custos de transação tendem a ser altos quando os serviços ou produtos são exclusivos, e tendem a ser baixos os custos de transação dos produtos e serviços que seguem um padrão.

Cabe ainda abordar os custos de informação: serão maiores de acordo com a publicidade dos interesses e valores envolvidos. Por isso negociar um melão é mais barato do que negociar uma casa. O comprador conhece e sabe para que serve o melão, conseguindo mais facilmente perceber defeitos. Já na casa é o vendedor que conhece muito mais os custos de venda e eventuais defeitos do imóvel. Cooter e Ulen escrevem ainda que direitos de propriedade mais definidos tendem a diminuir custos

de transação, pois normas ambíguas tendem a elevar os custos³⁹, bem como quanto maior o número de partes envolvidas, maior o custo, em razão da multiplicidade de interesses envolvidos.

Quando os custos de transação, há a hostilidade das partes e os erros de cálculo de até quanto o outro cederia em prol do acordo. A teoria pressupõe que ambas as partes buscarão a maximização e o bem-estar conjunto, ou seja, as pessoas não se tentariam contrariar ou lograr umas às outras. Num divórcio, por exemplo, é muito difícil conseguir uma solução eficiente quando há ódio entre as partes.

A respeito dos custos de execução, estes se tornam mais relevantes conforme o tempo que se leve para cumprir totalmente o acordo. Nos de cumprimento imediato não há custo de transação; quanto mais longo o prazo de cumprimento, porém, maior a tendência de altos custos de execução, pois há custos de monitoramento e maior probabilidade de punições por descumprimento.

2.3.2. Normatividade de Hobbes e teorema de Coase

Até então se estava analisando apenas como se o teorema de Coase embasasse a teoria legal da propriedade, de modo que os custos de transação fossem exógenos à lei, devendo esta agir conforme esses custos. Porém, nem sempre isso ocorre. Alguns custos de transação são endógenos ao sistema legal, pois as normas podem facilitar a transação privada. Para o teorema de Coase, a lei pode incentivar as transações privadas por meio da diminuição dos custos.

Uma das maneiras de a lei diminuir os custos de transação seria definir os direitos de propriedade de forma clara e objetiva. Assim, pode-se estruturar o teorema de Coase⁴⁰:

Deve-se estruturar a lei de modo a não impedir acordos privados.

A respeito desse impulsionamento legal, há também a teoria normativa de Hobbes, que defende que cabe ao sistema legal garantir normas que inibam desavenças e falhas na cooperação. Hobbes pensava que raramente as pessoas racionalizariam a respeito da divisão do excedente gerado, mesmo quando não houvesse nenhum impedimento sério para acordar. O instinto é levar vantagem até que um terceiro intervenha na disputa e imponha uma solução para o conflito. Mediante tais idéias, criou-se a teoria normativa de Hobbes⁴¹:

Estruture o direito de modo a minimizar os prejuízos causados pelas falhas na transação privada.

³⁶STEPHEN. *Opus cit.* p. 30.

³⁷STEPHEN. *Opus cit.* p. 35.

³⁸COOTER; ULEN. *Opus cit.* p. 88.

³⁹COOTER; ULEN. *Opus cit.* p. 89.

⁴⁰COOTER; ULEN. *Opus cit.* p. 94.

⁴¹*Idem.*

Significa que o direito deve prevenir a coerção e os desentendimentos entre as partes. Assim, quando as partes falham na negociação, elas perdem o direito ao excedente, de modo que a lei deve conceder os direitos de propriedade à parte que mais os valorize.

Há, portanto, segundo Cooter e Ulen, dois princípios normativos do direito de propriedade: um diz respeito à minimização dos prejuízos causados por desacordos na alocação eficiente dos recursos (Hobbes); e, segundo, pela minimização dos obstáculos para transações privadas sobre alocação de recursos (Coase)⁴².

3. Conclusão

O instituto da propriedade sempre foi encarado como uma das premissas inerentes à própria existência da ciência econômica. No entanto, até o final do século XIX, a importância conferida por esse ramo do saber ao estudo da apropriação limitava-se ao reconhecimento do fenômeno como realidade naturalística e exógena, nos exatos termos da doutrina apregoada por Adam Smith e admitida de maneira incontestada por seus seguidores.

Assim é que, segundo a escola clássica, a maximização da riqueza constituiria resultado natural da troca de recursos escassos entre compradores e vendedores racionais, numerosos e bem informados, sob a égide do mecanismo auto-regulativo do mercado. A dedução das regras desse mecanismo decorria da aplicação da engenharia social emergente à intenção presumível dos agentes econômicos, ensejando conclusões pretensamente científicas e independentes das instituições político-jurídicas em cujo cenário operava o mercado.

Nesse panorama, o domínio parecia ser uma idéia auto-evidente. Pressupunha-o toda a ciência econômica, sob influência da doutrina jusnaturalista e da ascensão histórica da classe burguesa, que o proclamavam como fenômeno universal, contemporâneo ao próprio homem e intercambiável por excelência.

A propriedade é considerada importante pelos economistas modernos pois facilita a transferência dos recursos por meio dos contratos e serve como regra para a definição das disputas coletivas entre indivíduos sobre o uso dos recursos. A concepção da propriedade para os economistas é um conjunto de direitos reconhecidos atualmente pela lei ou pelo costume ou por convenção estabelecida. Essa orientação ignora a dimensão do caráter real dos direitos de propriedade, característica da propriedade que era familiar a Blackstone, a Smith, a Bentham e a seus sucessores, mas foi toda esquecida após a identificação revolucionária de Ronald Coase, a respeito dos custos de transação como a determinante chave da estrutura de designados legalmente. Essa teoria abstraiu sistematicamente, afastando a característica

real do direito de propriedade. A lei e a economia cegaram-se a determinadas características dos elementos essenciais da propriedade, que são importantes e não podem ser explicadas em nenhum outro termo.

Não é errado colocar a propriedade como um conjunto de direitos sobre uma coisa e oponível a terceiros, sendo esta uma idéia que apareceu aos poucos, passando por um estágio relativamente adiantado no desenvolvimento social e econômico. Doutrinadores clássicos, como Blackstone, Smith, e Bentham, alertam à possibilidade de um mundo em que os direitos de propriedade são violados rotineiramente, e, conseqüentemente, sentiram a importância de articular formas de assegurar a propriedade.

O movimento da lei e economia, que emergiu nos anos de 1960 e 1970, após o problema das formas de assegurar o direito de propriedade ter sido resolvido na maior parte dos países, pelo menos nas economias avançadas, passou então a se preocupar com questões que ainda não tinham sido resolvidas, como controlar relações contratuais delongadas, controlar o comportamento dos agentes em organizações complexas, e incentivar uma distribuição eficiente dos excedentes. Conforme apontam Merrill e Smith, a compreensão dos doutrinadores de uma economia aplicada ao direito ficou restrita não à questão legal, mas à maximização do bem-estar. Essa negligência, naturalmente respaldada em interesses voltados para economias avançadas, existe apenas no topo da pirâmide. Sua base consiste na segurança dos direitos de propriedade, entretanto sem analisar a extensão dessa base, implicando no fato de que as concepções constantes na atmosfera refinada do ápice estão distorcidas ou ao menos incompletas⁴³.

Para a teoria da análise econômica do direito, assegurar o direito à propriedade seria assegurar a própria eficiência no seu uso. O desenvolvimento de uma concepção absoluta no seu uso é condição de eficiência, pois são três os critérios aplicados: universalidade, exclusividade e transferência. A universalidade ligada ao direito de um proprietário tudo possuir. A exclusividade aborda os direitos exclusivos sobre a propriedade. A transferência refere-se à utilização dos recursos de forma a maximizar para um recurso superior.

A *Law and Economics* analisa a interpretação da propriedade privada sob o enfoque dos custos de transação sociais e da eficiência do uso, ou seja, os custos de utilização da propriedade por um único proprietário, os custos do potencial litígio para as partes e para o Judiciário e os custos do erro judicial. A relação entre essas variáveis é considerada para a formulação das estratégias *ex ante* adotadas pelas partes quando do uso dos recursos da propriedade, e *ex post*, no caso de eventual litígio. Dessa ponderação inferem-se as técnicas interpretativas que

⁴²COOTER; ULEN. *Opus cit.* p. 94.

⁴³MERRILL; SMITH. *Opus cit.* p. 397-398.

têm maior potencial de reduzir os custos sociais, de minimizar as assimetrias informacionais e as externalidades negativas, e de promover melhorias paretianas na situação jurídica das partes. A aplicação dessa teoria será compatível com o direito de propriedade funcionalizado, desde que não leve em consideração o conceito de propriedade absoluta, mas que seja limitado por direitos alheios.

A busca da eficiência no uso da propriedade é, portanto, o que de certa forma propõe a função social da propriedade. A utilização da propriedade sem degradação ambiental, abusos ou excessos que venham a prejudicar terceiros é o foco de preocupação da função social.

Nesse sentido, cabe colocar a posição de Guimar Estrella Faria:

Numa sociedade premida pela insegurança econômica, como a brasileira, em razão dos desacertos sucessivos, de políticas governamentais inadequadas, a linguagem dos direitos dos cidadãos cede terreno à argumentação fundamentada em custos e preços e se abre caminho para aplicação da teoria de Posner e Calabresi.⁴⁴

4. Referências

BARZEL, Y. **Economic analysis of property rights**. New York: Cambridge University Press, 1989.

COASE, R. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**. v. III, oct. 1960, p. 1-44.

COOTER, R.; ULEN, T. **Law and economics**. 3. ed. Estados Unidos: Addison Wesley Longman, 2000.

FARIA, G. T. E. **Interpretação econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

GLUCKMAN, M. **Ideas in barotse**. Jurisprudence 171 (1965).

GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

KAPLOW, L.; SHAVELL, S. Fairness versus welfare: notes on the Pareto principle, preferences and distributive justice. **NBER Working Paper** 9622, 2003.

LOUREIRO, F. E. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MERRILL, T. W.; SMITH, H. E. What happened to property in law and economics? **The Yale Law Journal**, v. III: 357-390; 16 out. 2001.

POSNER, R. **Economic analysis of law**. 2. ed. Canadá: LIB, 1977.

STEPHEN, F. H. **Teoria econômica do direito**. São Paulo: Makron Books, 1993.

⁴⁴FARIA, Guiomar. **Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Livraria do Advogado, 1994, p. 85.

Artigo 05

Democracia na Era da Sociedade de Massas: Educação e Política na Idade Contemporânea

de Marcus Paulo Rycembel Boeira*

Introdução. 1. Especulação sobre a perda da tradição clássica: modernidade. 1.1. Origens do subjetivismo e rompimento com a tradição clássica: racionalismo moderno. 1.3. O que busca o homem contemporâneo em termos de satisfação de suas necessidades? 2. A constatação fenomenológica da sociedade de massas contemporânea. 2.1. O fenômeno das massas: o coletivo pensado no singular e o dirigismo de grupos sociais. 3. Abordagem da política: democracia na sociedade de massas. 3.1. Breve noção da democracia política. 3.2. Que tipo de democracia política estamos vivenciando com a sociedade de massas? 3.3. Como fica a pedagogia política com a televisão? 4. Conclusão. 5. Referências.

RESUMO: O presente artigo trata da democracia como regime político na modernidade. Procura encontrar razões para o problema da ausência de um liame efetivo entre democracia e educação, assim como investigar de que forma a modernidade produziu o hiato existente entre a vida da comunidade política e a busca do bem comum.

Palavras-chave: democracia; bem comum; educação; modernidade; tradição; filosofia; comunidade; política.

Introdução

A modernidade surgiu da ruptura radical com a tradição. Se, por um lado, os gregos separaram a esfera pública da privada, concebendo espaços para a realização das inclinações naturais do cidadão – *individualidade* e *sociabilidade* –, os modernos deram continuidade a essa separação, embora com enfoque distinto. Se para os antigos o espaço privado era o espaço para a satisfação das necessidades biológicas, para os modernos é algo a mais: trata-se do lugar para acumular riqueza material.

No entanto, de modo surpreendente, na contemporaneidade ocorre uma quebra total com esse traço característico da história do ocidente: a separação entre as esferas pública e privada está perdendo importância em função do **coletivismo** e suas variantes. O que se observa é o predomínio da coletividade sobre a pessoa humana, sendo que esta se vê absorvida e amorfa diante da injustificável *potestas* do coletivo – povo – sobre sua vida política (cidadania).

O coletivismo assombra a era contemporânea. Para o bom desenvolvimento de uma sociedade política e da civilização ocidental de um modo geral, é fundamental que consideremos a separação das esferas pública e privada de maneira que a pessoa humana possa, a bem de suas naturais vocações, desenvolver *virtudes* em busca da realização dos fins éticos universais perenes em qualquer comunidade política saudável e compromissada com o *bem comum*. Nisso entra a abordagem da *democracia contemporânea na sociedade de massas*.

A cultura de massas é um dos aspectos mais marcantes da contemporaneidade. Sua problemática pode ser analisada em diversos campos do saber humano. No ensaio proposto, tentaremos apresentar a origem filosófica do problema, procurando mostrar como entender o **homem contemporâneo** inserido na *cultura de massas*. Para tanto, faz indispensável ter presente o esfacelamento da tradição e dos valores com a intensidade do relativismo na modernidade. A realidade da sociedade de massas, isto é, o homem em seu contexto sociológico atual lança uma série de paradigmas e pressupostos que recheiam bases para as novas interações e agrupamentos sociais, o que gera conseqüências no fenômeno político, sobretudo para a democracia e para o desenvolvimento da *paideia*, isto é, da educação cívica na nova sociedade política contemporânea.

1. Especulação sobre a perda da tradição clássica: modernidade

1.1. Origens do subjetivismo e rompimento com a tradição clássica: racionalismo moderno

O homem do mundo clássico, sobretudo o homem grego, era alguém que vivia em comunidade. Esta, que tinha sua melhor definição no termo *polis*, era a realidade *ética* e *política* da cosmovisão grega. E por que isso? O homem era considerado um animal político na medida em que agia por orientação da razão prática e do juízo prudencial (*phronesis*), condição humana¹ necessária para a realização plena do homem na comunidade.

*Marcus Paulo Rycembel Boeira. Mestrando em Direito do Estado – USP. Professor de Política e Teoria do Estado da Faculdade Dom Bosco, curso de Direito, de Curitiba. Membro do Instituto Pimenta Bueno, da Associação Brasileira dos Constitucionalistas, da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI) e da IPSA – International Political Science Association.

¹Hannah Arendt, no seu livro *A Condição Humana*, trata da condição humana sob o prisma de três atividades fundamentais: labor, trabalho e ação. No caso acima proposto, trabalhamos com a ação enquanto condição do homem na *polis*, pois era pelo bem agir que o ser humano realizava-se enquanto membro da comunidade política – na prática ele agia conforme a virtude moral, que é a virtude da ação política. Para Arendt, a ação é a “única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo. Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política; mas esta pluralidade é especificamente a condição (...) de toda vida política”. Arendt chama essa vida política como *vita activa*, por ser focada na ação do homem em conjunto com os demais (ARENDR, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001).

Tratando dos gregos, sempre devemos ter em mente que pensar a *polis* é, de certa forma, pensar uma realidade ontologicamente política, pois o homem ia ao espaço público não só para se relacionar com os outros (*philia* – amizade), o que constitui a essência da *ética*, mas para decidir sobre os assuntos que eram de interesse comum a todas as pessoas, o que é tarefa da *política*. A *polis*, em última análise, era o espaço para a realização da ação humana (virtude moral – *arete*) e para a deliberação daqueles aspectos da vida que diziam respeito a todos os membros da comunidade, sendo por isso uma realidade ético-política. O homem na *polis* se apresentava como animal racional, essencialmente político, e não se via fora dessa circunstância. Assim, usava da razão que, orientada para fins comuns e utilizada na própria vida em comunidade, era considerada prática, ou seja, o justo meio necessário para a opção pelo meio mais eficiente e racional para a consecução dos fins almejados (bem comum). O bem agir, atividade racional de acordo com as virtudes – *arete* – significa a razão prática orientando a ação para o bem, para o fim dado – *eidós*².

Como é uma orientação para a ação mais racional a fim de se atingir o fim almejado, a razão prática é objetiva – não é o homem que impõe o meio para a ação por meio da vontade, mas a circunstância, a própria realidade do *cosmos* que demonstra qual o melhor meio para se seguir em vista do bem a que se busca.

Contudo, diferentemente dos antigos, observa-se nos modernos a primazia da subjetividade sobre o mundo objetivo³. As circunstâncias da realidade não impõem mais limites ao homem, mas o próprio homem passa a se emancipar, a se desvincular das circunstâncias objetivas da realidade. O homem não vê mais os limites que a ordem natural lhe coloca: ele mesmo, moderno, tenta dominar a natureza e as circunstâncias da realidade a partir de sua própria consciência subjetivada.

A razão moderna não é mais a prática ou contemplativa como nos gregos, mas a própria negação desse paradigma, na medida em que o mundo real não coloca mais limites ao homem, mas ele mesmo é que não vê limites diante de si, pois pensa o mundo subjetivamente. A ética, dimensão fundamental da vida humana, passa a ser encarada como *moral*, em que a ação humana é limitada pelo espaço do outro, e as relações entre homens não são mais relações de espontaneidade, mas de respeito pelo espaço de cada um. O que é mais surpreendente nesse modo de encarar

a ética é que enquanto os antigos pensavam-na como um campo voltado para o desenvolvimento das virtudes e que se preocupava com a existência humana, os modernos a pensaram e ainda pensam como uma maneira de auferir os deveres humanos fora da esfera coercitiva, isto é, a moral é o meio pela qual as pessoas se vêem obrigadas a respeitar umas às outras em razão de espaços individuais, absolutamente intocáveis⁴.

1.2. Passagem do racionalismo moderno para o voluntarismo

A Idade Moderna e a Idade Contemporânea são épocas distintas, embora a segunda encontre seus pressupostos filosóficos na primeira. A Idade Moderna começa a partir do renascimento – com o humanismo e o antropocentrismo cultural⁵ – e se estende até o final do século XVIII, quando a *razão* não era mais vista como um simples dado subjetivo, mas foi confundida – e talvez substituída – pela *vontade*. A razão moderna e a vontade (que marca todo o movimento cultural da Idade Contemporânea) são duas maneiras diversas de conceber o mundo através do pensamento. Pensar racionalmente na modernidade é pensar sob uma estrutura de mundo que, apesar de subjetiva, busca através da lógica encontrar respostas justificadas em estruturas formais. O **formalismo**, que servia para pôr ordem no caos e permitir ordenar estruturas substantivas, passa a ser encarado como objetivo válido de todo o pensar a partir da modernidade, perdendo seu caráter metafísico que era o de simplesmente mediar conteúdos, tornando-se o próprio conteúdo por excelência do modo de fazer ciência. Essa alteração nos rumos da filosofia contribui para que a *forma* se tornasse o foco de obsessividade na modernidade. O sentido verdadeiro da formalidade, que era o de organizar estruturalmente conteúdos, foi abandonado em nome de um novo paradigma: o da comprovação do mundo e da verdade por meio da **lógica**. *O sentido verdadeiro da forma e sua dimensão ontológica*⁶ foram execrados para dar lugar a uma nova realidade, qual seja a explicação de toda a cultura por meio da forma, despreocupada com o sentido substancial e material e mais interessada em propiciar certeza matemática ao cosmos do que tentar explicá-lo com premissas filosóficas.

O auge do desenvolvimento das ciências exatas, notadamente a Matemática e a Física, sucedeu no início da Era Moderna. Hannah Arendt diz que “*não são as idéias, mas os eventos que mudam o mundo*”. A verdade é que a filosofia moderna

²Aristóteles. **Ética a Nicômaco**. 4 ed. Brasília: Unb Editora, 2001. Segundo Aristóteles, o homem tem inclinações naturais para viver bem, pois a *eudaimonia*, que poderíamos traduzir por vida boa, é uma atividade racional conforme as virtudes, ou seja, é o próprio fim de todo agir humano. É isso que marca o caráter teleológico do agir humano em Aristóteles, pois toda ação do homem é dirigida para um bem, um fim supremo, como ele demonstra no Livro I da *Ética* citada.

³Na modernidade, houve a perda do aspecto transcendente da consciência, que passou a ser conceituada na imanência da vontade ou de seus componentes materiais (biológicos e cognitivos).

⁴Apenas por curiosidade, Immanuel Kant considerava justiça como respeito às esferas de liberdades individuais, em que cada um agia conforme suas razões e vontades. Isso pode ser encontrado na obra **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁵REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. **História da filosofia: do humanismo a Kant**. 4 ed. v. II. São Paulo: Paulus, 1990, p. 31. A seguinte passagem de Reale aclara satisfatoriamente o fato de que o homem moderno busca dominar a natureza por meio da ciência: “O pensamento sobre o homem prevalece no século XV, ao passo que, no século XVI, o pensamento se amplia, abrangendo também a natureza”.

⁶REALE, Giovanni. **O saber dos antigos: terapia para os tempos atuais**. 1. ed. São Paulo: Loyola, 1999. A questão foi bem trabalhada pelo autor no capítulo “Perda do Sentido da Forma”, que procura demonstrar como a *forma* na modernidade adquire novo paradigma, e que o mero formalismo tornou-se obsessividade cultural.

deve sua origem ao curso das descobertas científicas, incentivadas e orientadas pela Matemática e a Física. A dúvida de DESCARTES quanto à verdade aparente, aquela que aparece empiricamente aos olhos humanos, seguramente não surgiria não fosse a descoberta do telescópio por Galileu – pai da ciência moderna. O **telescópio** permitiu ao homem observar algo muito além de sua capacidade visual imediata: possibilitou-o colocar-se de fora do planeta Terra e enxergá-lo do lado de fora, como se estivesse além do globo terrestre. Esse evento resulta na ilimitação do homem diante do *cosmos*, que agora pode transcender a natureza terrestre e dominar a ordem natural do planeta. Por isso, como aponta Arendt, não foi a razão nem tampouco a contemplação, mas um **instrumento** – o telescópio – que permitiu ao homem olhar além de seus sentidos, fazendo Descartes e toda a filosofia moderna duvidarem da própria realidade que se apresenta diante dos olhos⁷.

Uma passagem de Descartes na Segunda Meditação mostra bem como o pai da filosofia moderna inaugurou um novo modo de pensar o mundo, com desconfiança da realidade aparente e dúvida sobre absolutamente tudo:

Presumo, então, que todas as coisas que vejo são falsas; convenço-me de que nunca houve tudo aquilo que a minha memória repleta de mentiras me representa; penso não possuir sentido algum; acredito que o corpo, a figura, a extensão, o movimento e o lugar não passam de ficções do meu espírito. Então, o que poderá ser considerado verdadeiro? Talvez nenhuma exceto que nada de certo existe no mundo.⁸

A dúvida cartesiana levou à radicalidade do subjetivismo no pensamento moderno, pois toda a certeza é produzida por processos mentais subjetivos e introspectivos. A explicação para esse fenômeno é a seguinte: se tudo que está ao alcance de nossos olhos foi posto em cheque pelo telescópio e se a realidade apresentada aos nossos sentidos é falsa, em que poderíamos confiar senão em nossas próprias consciências? Há uma verdadeira metacognição (da consciência sobre si mesma) e o homem se vê apenas diante de si mesmo, pois a realidade do mundo é percebida a partir de sua própria **consciência individual** e não mais na **racionalidade contemplativa** tão intensa na cultura clássica helênica (a racionalidade contemplativa buscava compreender o *cosmos* a partir da própria realidade apresentada aos sentidos,

pois o homem grego se via limitado pelo *cosmos* e, por isso, não tentava dominá-lo).

A filosofia moderna, a partir disso, passou a explicar o *cosmos* por *processos mentais subjetivos*, o que provocou uma diversidade de explicações sobre a ordem natural e sobre variadas justificativas teóricas a respeito dos mais diversos campos do saber. O resultado disso foi o advento do **relativismo** da verdade sobre as coisas, em que o único ponto em comum passou a estar nos meios para se explicar ou “criar” teorias. O relativismo de conteúdos que marca a modernidade cultural apenas respeitava uma premissa: a forma e a lógica da explicação. A formalidade dos processos explicativos adquiriu, como vimos, um novo “status”, em que a forma e a lógica passaram a constituir o único ponto de referência para todos os teóricos e filósofos. Os conteúdos, na medida em que dependiam de consciências e entendimentos diferentes sobre um mesmo ponto, não davam mais uma resposta satisfatória sobre os problemas teóricos e culturais que se apresentavam. A saída encontrada foi emancipar a forma de seu aspecto estruturalista e organizativo para considerá-la a única maneira possível de justificar teorias e aspectos variados da cultura. Por isso, a racionalidade moderna, que surge com a dúvida cartesiana e permeia toda a filosofia desse período, é uma racionalidade não baseada na *phronesis*, no equilíbrio, no justo meio dos gregos, mas na forma, na explicação das coisas através da lógica formal. Isaiah Berlin, um dos maiores pensadores do século XX, mostra de forma clara o retrato da filosofia moderna:

A tendência geral, se não universal, da nova filosofia era declarar que, se a mente humana pode ser desembaraçada do dogma, do preconceito e da hipocrisia, a natureza será por fim vista na plena simetria e harmonia de seus elementos, que podem ser descritos, analisados e representados por uma linguagem logicamente apropriada – a linguagem da matemática e das ciências físicas. Leibniz parece ter acreditado não apenas na possibilidade de construir uma linguagem logicamente perfeita, que refletiria a estrutura da realidade, mas em alguma coisa não de todo diferente de uma ciência geral da descoberta. (...) O novo método procurava eliminar tudo o que não pudesse ser justificado pelo uso sistemático de métodos racionais, sobretudo as ficções dos metafísicos, místicos, poetas.⁹

⁷ARENDRT, Hannah. **A condição humana**. A autora aponta três eventos que inauguraram a Era Moderna: a descoberta da América e a conseqüente exploração de todo o planeta, a reforma e a invenção do telescópio.

⁸DESCARTES, René. **Meditações**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

⁹BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. São Paulo: Cia das Letras, 2002. No capítulo em que Berlin trata do divórcio entre as ciências naturais e as humanidades, o autor continua: “O novo racionalismo se espalhou para as artes criativas. Assim como a Royal Society na Inglaterra tomou uma posição formal contra o uso da metáfora e outras formas do discurso retórico, exigindo uma linguagem que fosse simples, literal e precisa, a França na mesma época procurou igualmente evitar a metáfora, o embelezamento e a expressão altamente colorida, por exemplo, nas peças de Racine ou Molière, no verso de La Fontaine e Boileau, escritores que dominavam a cena européia; e, como se considerava que essa exuberância florescia na Itália, a literatura italiana era devidamente acusada, na França, pela impureza de seu estilo”.

Sendo a forma o objetivo válido de toda a realidade científica e cultural da modernidade, as ciências sofreram um processo de transformação que culminou com a matematização de toda a vida cultural. Em todas as áreas do conhecimento, desde as humanidades até a Física e a Matemática, a forma passou a ser a única justificativa teoricamente válida para comprovação científica. *Só é verdade aquilo que a lógica formal permite que seja* passou a ser o lema de todo o pensamento moderno. A sistematização dos conceitos, a formalização dos meios, a racionalização dos processos, a burocratização dos corpos administrativos, enfim, todos os campos do conhecimento humano foram e continuam sendo afetados pelo formalismo, pela lógica. Quem quer que se arrisque a explicar algo só o pode fazer se respeitar a lógica estrutural e a formalidade dos meios, sem as quais o homem moderno não só repudia, como não compreende qualquer tipo de justificativa sobre qualquer coisa.

A crença em um único método formal é o único ponto em comum nos pensadores modernos. Isaiah Berlin nos mostra esta constatação:

O que é comum a todos esses pensadores é a crença de que há apenas um único método ou arranjo de métodos verdadeiros: e que tudo o que não pode ser respondido por esse método não pode ser respondido de modo algum. A implicação disso é que o mundo é um sistema único que pode ser descrito e explicado com o uso de métodos racionais; disso resulta, na prática, que, se a vida de um homem deve ser organizada, e não abandonada ao caos e ao jogo da natureza e a acasos incontrolláveis, ela só pode ser organizada à luz de tais princípios e leis.¹⁰

De fato, a racionalidade moderna buscava estruturar todo o pensamento em torno da **lógica** e da **formalização dos meios**. Há, contudo, de se lançar luz ao surgimento de um novo paradigma a partir da aparição de pensadores como Shopenhauer, Freud e Nietzsche: a perda do consenso em torno do modo de validação do pensamento, momento em que a **vontade** desponta como condição para a ação, independente da formalidade e da elaboração de procedimentos formais que justifiquem a própria ação. A *voluntas* passa, então, a mover o homem, que age sem critérios, sem lógica e sem justificativa no espaço da interação social. Uma nova característica da humanidade contemporânea aparece com isso: a imediatidade da ação. A vontade confunde-se com o querer, vale dizer, precede à escolha deliberada, o que preconiza a satisfação imediata para que a ação humana logre êxito. Para a vontade

realmente ter procedência, ela precisa ser satisfeita no momento de sua origem, sem o qual ela poderá não ser. A vontade, no momento de sua procedência, não admite intervalos, pois os resultados precisam ser imediatos para que o querer seja satisfeito. O espaço de tempo necessário para a satisfação da vontade vai depender, em última análise, das circunstâncias impostas pela própria vontade, que determina os meios para a realização de sua magnitude.

A vontade, diferente da razão moderna, não concebe estruturas e métodos lógico-formais para a realização e explicação de eventos culturais ou científicos, mas o faz independentemente dos meios pelos quais se impõe fazer. A imediatidade e a não-racionalização dos meios para consecução da vontade levam a dois problemas que caracterizam o rompimento da Idade Contemporânea não só com a tradição, mas com alguns aspectos da Idade Moderna: 1º um relativismo diferente daquele constatado no modo de pensar moderno, pois naquele havia o método formal como ponto comum a todos os que se arriscavam a racionar, enquanto que a vontade implica num relativismo inclusive dos meios para a consecução da própria vontade; 2º a vontade torna o homem suscetível, pois não leva em consideração procedimentos formais ou tampouco a *razão prática* (herdada do pensamento Aristotélico) para decidir o que fazer ou aceitar, ou melhor, não admite graus de juízo prudencial para deliberar sobre os melhores meios para a consecução dos fins almejados.

Nesta segunda constatação parece haver um problema sério: que tipo de ação pode o homem fazer, guiado pelas emoções, de modo que ofereça risco para a sociedade política?

A vontade tem como característica a imediatidade e a irracionalidade dos meios. Contudo, a vontade não pode absolutizar o espaço de sua realização, pois dessa forma a vida em sociedade seria impossível.

Por outro lado, a vida em sociedade sofreu e vem sofrendo muitas transformações desde os tempos mais remotos da Antiguidade. A vida em uma sociedade baseada na vontade e na imediatidade daquilo que se quer pode causar uma série de desconfortos de ordem ética e política. Um dos elementos mais importantes e perigosos dos últimos tempos talvez seja a suscetibilidade do homem contemporâneo em relação às influências de toda ordem, como, por exemplo, dos meios de comunicação de massas, que movem a sociedade contemporânea em todas as dimensões: no consumo, no mercado e na política. A influência é uma característica determinante desse tipo de sociedade¹¹, que marcou o século XX e atravessou o milênio rumo à sua plenitude no século XXI, pois o homem movido

¹⁰BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Obra citada.

¹¹Influência é um termo que remete sempre a uma relação, a um contato entre dois ou mais entes. A INFLUÊNCIA geralmente ocorre quando há um receptor e um emissor. Até aqui o dado parece simples. O problema começa a complicar quando pensamos: como influenciar a vontade alheia e “para que influenciar”. O problema de “como influenciar a vontade alheia” acarreta uma análise acerca de determinadas maneiras de conseguir objetivos propostos, o que só pode ser almejado tendo em conta determinados critérios de probabilidade, ou meios para uma possível realização. O problema de “para que influenciar” envolve o próprio fim da ação, ou seja, o alvo proposto pelo emissor da influência sobre o receptor.

pela vontade e ausente de finalidades para suas próprias ações é facilmente suscetível e disponível, sendo prontamente influenciado e manipulado por aqueles que lhe propiciam as melhores maneiras de satisfazer sua própria vontade.

1.3. O que busca o homem contemporâneo em termos de satisfação de suas necessidades?

Satisfazer as necessidades do homem contemporâneo é qualquer coisa de inusitado e surrealista, pois enquanto os antigos viam na satisfação das necessidades a própria realização de uma exigência da condição humana natural, o homem contemporâneo não satisfaz suas “necessidades” apenas com objetos úteis à manutenção da espécie. Ele precisa, ao contrário, de objetos que a própria sociedade contemporânea cria através de elementos estranhos à concepção humana fundamental. Dessa forma, tais objetos passam a não ser estranhos, pois o homem coloca na vontade irracional o sentido e o fundamento mesmo de suas necessidades.

As necessidades “atuais” vão muito além das necessidades “básicas”: de forma bastante intensa, elas são produzidas na sociedade de consumo e adquirem status de mercadoria enquanto objeto de demanda social. Por isso o homem contemporâneo precisa não só de elementos da natureza (tais como alimentação, água, etc.), mas de substratos criados pelo próprio *homo faber* (o homem inserido no contexto da sociedade industrial), de produtos industriais que a natureza desconhece, mas que a sociedade moderna passa a incorporar e a domesticar em virtude da vontade. O espaço privado, que para os gregos era o espaço da “*realização das necessidades naturais da espécie humana*”¹², não é mais apenas o espaço das necessidades: é também o espaço da geração e do acúmulo de riqueza.

A radicalidade desse processo está em que o homem contemporâneo cria e modela, com base em sua própria vontade e em sua natural evolução, o conceito de necessidade, de maneira que a sociedade moderna, enquanto todo coletivo irracional e voluntarista, molda o objeto da necessidade de acordo com o **imediatismo das massas**.

A **imediatidade**, nessa situação, está em que as necessidades passaram a ser tão contingentes e circunstanciais que acabaram perdendo o sentido de ser, pois o que é imediato se esvai em si, perdendo o caráter de continuidade. Um exemplo prático: quando compramos uma coisa, compramos por dois objetivos: que esta coisa dure, ou que este algo pereça em sua descartabilidade. No primeiro momento, a durabilidade do objeto comprado importa na satisfação progressiva e sucessiva de determinada necessidade. No segundo caso, temos a imediatidade da satisfação de uma necessidade, ou seja, o fato de que temos necessidades que são

supérfluas, que descartamos depois de usarmos. Isso porque não é mais a razão que orienta para a satisfação das necessidades que o corpo humano requer, mas sim que a vontade implementa a ação do homem dirigida para a satisfação de necessidades que aqui podem ser traduzidas como objetos de “prazeres” momentâneos e imediatos.

O grande mérito do **capitalismo** enquanto sistema de produção e de geração de riqueza é facilitar à pessoa humana a satisfação de suas necessidades básicas (do corpo da espécie humana) através de produtos que dão melhor acesso prático ao resultado almejado. O uso desse modelo de produção por excelência para criação de objetos de necessidades “imediatas” foi e ainda continua a ser o recurso mais inteligente que a sociedade moderna encontrou para adequar a economia às novas interações sociais surgidas a partir da modernidade.

Nessa lógica voluntarista e utilitária da vida em sociedade, os tempos modernos são marcados por novas formas de interação social. Desde o início do século XX, como resultado de um *modus vivendi* já projetado nas primeiras manifestações filosóficas modernas, tais como o *racionalismo* e o *empirismo*, aparece uma forma de vida em sociedade que se mostra radicalmente ligada aos pressupostos utilitaristas e voluntaristas das versões modernistas: **a sociedade de massas**.

2. A constatação fenomenológica da sociedade de massas contemporânea

2.1. O fenômeno das massas: o coletivo pensado no singular e o dirigismo de grupos sociais

Quando tratamos do estudo da sociologia política na Idade Contemporânea, observamos que os sujeitos individuais da história são substituídos pelo todo coletivo da sociedade de massas. As mudanças sociais, as projeções metodológicas e científicas são operadas, dentro de uma lógica formal e instrumentalista, com base em conceitos concebidos coletivamente, de maneira que os verdadeiros sujeitos da sociedade contemporânea são “entes coletivistas”, agrupamentos irracionais e amorfos carentes de identidade. Os níveis de responsabilidade individual na era atual são esquecidos face à adoção do coletivo como sujeito operante e “responsável”, numa perspectiva que anula as qualidades e projeções individuais de cada pessoa humana na sociedade. A comunidade política de pessoas humanas é substituída por um todo anônimo e indefinido, passivo e descaracterizado. Nesse sentido, as mudanças sociais e dinâmicas operativas são tecnicamente uniformizadas pela irracionalidade das massas. O cambiamento das técnicas sociais, que nas palavras de Karl Mannheim seria “*el conjunto de los métodos que tratan de influir la conducta*”

¹²ARENDDT, Hannah. **A condição humana**, obra citada.

*humana y que em lãs manos del gobierno operan como um medio de control social singularmente poderoso*¹³, legam à sociedade contemporânea uma nova caracterização.

Telefone, rádio, televisão e meios de comunicação em geral, bem como os novos inventos da tecnologia industrial, não só vieram a facilitar a vida do homem, mas conduzi-lo a um novo *status*, um novo modo de existir e de viver em sociedade. A antiga comunidade política – *polis* – era o espaço do *diálogo* e da *amizade*, onde os homens agiam e determinavam os rumos da vida em conjunto por meio das decisões daqueles que eram mais virtuosos para deliberar sobre os interesses de toda a comunidade. Esse tipo de *dialogos* acabou há muito tempo. Na atualidade, o diálogo no espaço público (locais onde as pessoas se encontram) transformou-se em discussão sobre temas da moda, temas do momento, temas que dizem respeito a algo que é, de uma certa forma, **predeterminado pelos meios de controle social**.

Os inventos tecnológicos não só permitem facilitar a vida do homem, mas também podem se transformar em instrumentos de direção de uma organização – ou sociedade política – em grande escala, isto é, podem levar a um processo efetivo de controle social jamais visto antes do século vinte. Neste, tanto o nazismo na Alemanha quanto o comunismo-stalinista na URSS mostraram como o uso da propaganda totalitária requer o uso em potencial de instrumentos tecnológicos capazes não só de amedrontar o povo, como também iludi-lo ao ponto de fazê-lo perder a noção de realidade. No totalitarismo, a pessoa humana é utilizada como meio para a realização dos objetivos de um partido, grupo ou classe, pois o “fenômeno totalitário ocorre num regime que concede a um partido o monopólio da atividade política”¹⁴. O homem não é encarado como substância da sociedade política, mas como *acidente*, vale dizer, como verdadeiro objeto nas mãos do grupo do poder.

Esses dois exemplos históricos mostram como a fabricação tecnológica pode levar a colapsos sociais e regimes totalitários¹⁵. Não obstante, a viabilidade de direção científica oferecida pelos instrumentos tecnológicos pode levar a duas situações: 1) facilita a concentração do poder político governamental e o controle social realizado pelo mesmo, bem como 2) facilita a centralização dos meios de formação de opinião pública.

No primeiro caso, os melhores exemplos foram citados – o totalitarismo como proposta de dominação total da sociedade, possível quando a estrutura política conta com aparato tecnológico que permite controle efetivo dos indivíduos por parte do grupo partidário que detém o poder de mando. Assim, o totalitarismo

é justificado pela formalização dos procedimentos e das regras jurídicas que permitem legalizar a conduta do partido que está no poder sem auferir a legitimidade da implementação política. Os regimes totalitários buscam sua validade no positivismo jurídico, valendo-se da criação de normas “jurídicas” por aqueles que estão no poder. O objetivo está em justificar os atos cometidos e, assim, fazer com que todo o aparelho burocrático se mantenha de pé enquanto estrutura de poder efetivo de mando. Além disso, o que marca este tipo de regime é a dinâmica do processo de ação. Nada, nem mesmo as regras criadas pelo próprio partido são empecilhos para as ações do mesmo. Na verdade, toda a realidade é mudada e ordenada de acordo com a “ideologia”, de maneira que a pessoa humana passa a ser meio para a realização dos interesses ideológicos daqueles que estão no topo da classe política. O ser humano se vê diante de uma bolha proporcionada pela ideologia, da qual não pode sair porque todo o real é submetido ao ideal, e a totalidade da ordem mundana é desenvolvida de acordo com a dinâmica do partido.

No segundo caso, temos um fenômeno que pode perfeitamente ser enquadrado dentro do primeiro: a chamada **culturalização de massas** e **culturalização das massas**. Chamamos **culturalização de massas** o modelo segundo o qual os produtos surgidos a partir da produção mecanizada de informações por meio da imprensa, rádio ou televisão, tornam a vida do homem contemporâneo um adestramento a partir de regras sociais ditadas por aqueles que detêm o poder comunicacional, isto é, os emissores, aqueles que possuem acesso imediato aos instrumentos de comunicação. Esse acesso pode gerar arbitrariedades na condução dos rumos coletivos diante da reprodução de informações para grupos sociais de larga escala. Na cultura *de* massas, assim, o homem vê-se não apenas como receptor, senão também como possível instrumento utilitário a serviço dos emissores, que podem utilizar suas faculdades para regular e mudar o conjunto de práticas sociais num piscar de olhos. A **cultura das massas**, por outro lado, é a cultura analisada a partir do *modus vivendi* da sociedade política, é a dimensão empírica da ação social, a realidade do viver em sociedade. Enquanto na cultura *de* massas se trabalha com a comunicação numa perspectiva dinâmica, com mutação constante de processos informativos, a cultura *das* massas é o paradigma da estabilidade, do resultado, da permanência, o que provoca uma tensão entre esses dois aspectos da realidade comunicacional contemporânea. Nesse sentido, a ação social se vê num impasse: agir em comunidade é agir sob a direção de emissores, ou agir em liberdade frente aos emissores? Como se pode ser livre diante do

¹³MANNHEIM, Karl. **Diagnostico de nuestro tiempo**. 7. ed. México: Fondo de cultura económica - colección popular, 1978.

¹⁴ARON, Raymond. **Democracia e totalitarismo**. 1. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1966.

¹⁵ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. 1. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1989. Regimes totalitários, como o nazismo e o stalinismo marxista, nada mais são senão formas de impor coercitivamente o comportamentalismo de acordo com as premissas ideológicas de que detém o poder. A maneira de penalizar quem tentar “agir” é coagir o sujeito de maneira a tentar retornar a “normalidade”. A pena não é moral, mas jurídica.

fato de que a ação social é conduzida e dirigida por aqueles que detêm os poderes políticos ou de comunicação? Liberdade e ação são duas facetas da mesma moeda?

Para agir, o homem pressupõe liberdade. Mas o problema é: agir em conjunto, em sociedade, em comunhão com os demais membros de um grupo social, não é respeitar o que os emissores de comunicação de massas dizem? Se for, esse agir é livre ou semiconduzido?

Os resultados das ações e práticas sociais são verdadeiras *medidas de cálculo* para os formadores de opinião e os comunicadores de massas. Assim, a resposta para cada uma das perguntas só pode ser respondida com base no resultado de cada ação individualmente considerada, isto é, de sua produção em termos comunicativos dentro de cada conduta individual em sociedade. Nesse aspecto, o ocaso da sociedade contemporânea de massas está no fato de que há uma forte tendência sociológica para que o comportamentalismo e a adesão incondicionada das massas respeite fielmente os parâmetros estabelecidos pelos *mass media*, formando-se assim uma sociedade teledirigida e guiada de maneira passional conforme os clichês criados.

De qualquer modo, essa situação nos mostra como o homem contemporâneo passa a emancipar um novo *logos*, uma nova *palavra* e uma nova expressão na sociedade atual. O *homem-indivíduo* passa a ser dirigido e teleguiado pelos meios de comunicação de massas, enquanto que o *homem-social* é produto de uma projeção, ou seja, de uma direção coletiva produzida com base em instrumentos de comunicação de massas.

Assim, quando os meios de comunicação passam a guiar as ações dos indivíduos, como acontece nos regimes totalitários, e que ainda ocorrem naqueles governos que, sob a máscara dos partidos de massas, implementam projetos governamentais que trabalham com o aspecto psicológico do coletivo, geralmente a estrutura de poder trabalha com um aparato instrumental que manipula as *emoções das massas* sob a égide de governos ditos “democráticos”, mas que, na verdade, representam verdadeiros regimes totalitários de massas em larga escala, como é o caso de inúmeros partidos políticos na América Latina. Fica claro, assim, o modo como os serviços públicos podem ser utilizados indevidamente para o fim precípua de manipular psicologicamente as massas a fim de acostamá-las com uma prática que nada mais é senão *meios de controle governamental*. O exemplo

da América latina é latente: em países onde não se distingue a administração pública não das atividades políticas, onde técnica e governabilidade não estão em campos separados, a probabilidade de partidos totalitários usarem a máquina pública para uso da própria ideologia e dos propósitos do partido é mais alta¹⁶.

Diante disso, resta claro que a contemporaneidade está conhecendo um novo fenômeno, que é social, mas também reputado de dimensão ética, política, científica e até mesmo artística. O novo fenômeno, o **fenômeno das massas**, é dotado de realidade complexa por representar um modelo de sociedade guiada e teleguiada pelos grupos detentores dos meios de comunicação¹⁷.

A **sociedade de massas** destruiu a viabilidade de ação espontânea e direta da sociedade civil. Ela espera a **normalização** de seus membros, aquilo que se pode definir como comportamento homogêneo. Ela aboliu qualquer ação humana espontânea, individual, empreendedora. Com a sociedade de massas, o social adquiriu maior força, pois agora controla todos os membros de determinada comunidade por meio da radical **igualdade de comportamentos**. A igualdade na Era Moderna resume-se ao **conformismo** presente na sociedade, em virtude do necessário e obrigatório comportamento do indivíduo, que substitui a ação, a iniciativa, própria do mundo antigo. Neste, o espaço público era palco para os homens mostrarem o que de melhor tinham. A igualdade não era referente ao comportamento comum, mas sim enquanto significava que o espaço da *polis* era o único lugar onde os sujeitos podiam fazer realizações, onde podiam iniciar, onde mostravam quem eram. Em razão disso, compartilharizavam os cuidados necessários com os assuntos políticos¹⁸. Quanto maior a população, maior é a probabilidade de que se comportem e menor de que tolerem a diversidade. **A uniformidade cotidiana matou o campo das iniciativas, do bem agir, da espontaneidade e da realização.**

A cultura de massas, assim caracterizada como cultura popular e da uniformidade, atinge a ética, a política, a arte, a ciência e a economia, que são cinco das seis dimensões do humano¹⁹. Na **ética**, afeta a própria sociabilidade humana, pois as relações sociais entre as pessoas e os diferentes grupos passam a ser objeto de controle social por meios dos detentores dos meios de comunicação de massas. Na **política**, a relação governante/governado passa a ser de guiador e guiado. Na **arte**, o artista

¹⁶WEBER, Max. **Political writings**. 1. ed. New York: Cambridge University Press, 1994. No capítulo denominado *The Profession and Vocation of Politics*, a burocratização é a forma institucional por excelência da sociedade moderna, e o seu crescimento era fator característico de uma sociedade industrializada, na qual as relações humanas se tornavam cada vez mais tecnológicas e o Estado, cada vez maior e mais aparelhado, diante de um padrão social que tendia à clivagem e à bancarrota de normas e procedimentos legais. Weber via com desconfiança esse aumento da máquina burocrática, pois acreditava que democracia e liberdade restariam comprometidas diante de um quadro estruturado em torno do aumento progressivo do Estado.

¹⁷Exemplo óbvio dessas diferenças é o fato de que os governantes o são ou por terem vencido eleições num determinado processo político, ou por terem atingido o poder por meios totalitários ou autoritários. Outro exemplo são os emissores dos meios de comunicação de massas, como um diretor de programas de televisão, ou locutor de rádio.

¹⁸ARENDT, Hannah. **A condição humana**, obra citada.

¹⁹Para entender as dimensões do humano, ler: FREUD, Julien. **L'essence du politique**, Paris: Sirey, 1965; ou SOUZA JR., Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**, tese apresentada para concurso a professor titular junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002. As dimensões do humano são seis: ética, política, religiosa, econômica, artística e científica.

mexe com a emoção e os sentimentos das pessoas, produzindo nelas certo estado de perplexidade e sensatez frente à produção cultural, de modo que o ataque gerado pelo apelo cultural de um objeto artístico pode levar o homem pós-moderno a projetar seu emotivismo para o sentido esperado pelo artista. É o caso de novelas e propagandas televisivas. O apelo cultural gerado por esse grande e poderoso instrumento que é a novela leva as massas ao delírio de um modismo cultural, de uma maneira de viver à sombra dos artistas e das personalidades do mundo da televisão. Esta dramatiza e ilude a posição humana atual no contato com os outros, produzindo nas pessoas expectativas surrealistas e ficcionistas que fazem grande parte do grupo social viver sonhos e ilusões que, na maioria das vezes, não são realizados. Ademais, o meio artístico é importante instrumento de controle social na medida em que dita muitas regras de convívio, viabilizando, por isso, um controle social mais efetivo e conjunto. Na **ciência**, produz uma aceleração do processo tecnológico jamais vista. A indústria tecnológica não trabalha apenas para facilitar a vida do homem, como já vimos, mas para criar dinamicamente novos mecanismos de controle sobre os indivíduos. Na **economia**, ataca em todas as frentes, usando do capitalismo, que em gênese é um sistema econômico saudável e o único capaz de compatibilizar a esfera pública e privada de forma equilibrada, para de dentro dele mesmo destruí-lo, como ocorre com a utilização da estrutura econômica industrial pelos partidos totalitários para produzir armas e objetos que resultam num controle forte e efetivo do poder político sobre toda a sociedade. A economia de mercado, diante desse fato, é simplesmente reduzida a nada, ou há concorrência entre monopólios estatais que acabam com a iniciativa privada, instalando-se uma planificação econômica destrutiva da natureza humana e da dimensão econômica da pessoa, dimensão esta que corresponde às necessidades reais das pessoas humanas.

Assim, as **massas**, esse novo **sujeito social**, são um verdadeiro ente desinteressado na individualidade. A coletivização do humano, a sua proposta de sociabilidade total, é algo que preocupa a esfera da privacidade da pessoa. Basta perceber um exemplo cotidiano: quando estamos na rua, estamos em constante vigília do coletivo, que nos atomiza e nos impede de “*sermos nós mesmos, e não nós como parte do todo*”. Esse problema foi observado por Ortega y Gasset na abertura de sua *Rebelião das Massas*, em que ele, ao tratar do problema proposto, observa:

talvez a melhor maneira de aproximar-se desse fenômeno histórico consista em referir-nos a uma experiência visual, sublinhando uma feição de nossa época que é visível com os olhos da cara. Simplicíssima de enunciar, ainda que não de analisar, eu a denomino o fato da aglomeração,

do ‘cheio’. As cidades estão cheias de gente. As casas estão cheias de inquilinos. Os hotéis estão cheios de hóspedes. Os trens, cheios de viajantes. Os cafés, cheios de consumidores. Os passeios, cheios de transeuntes. As salas dos médicos famosos, cheias de enfermos. Os espetáculos, desde que não sejam muito extemporâneos, cheios de espectadores. As praias, cheias de banhistas. O que antes não era problema começa a sê-lo quase de contínuo: encontrar lugar.²⁰

No mundo antigo, estar em companhia dos outros era estar em companhia de pessoas que, presentes aos olhos humanos, eram receptoras de uma comunicação de *diálogo* e de *philia*. Na atualidade, a natureza relacional do ser humano está abalada com as massas, pois as partes do todo nunca participam na *comunhão* do todo, mas, como partes que são, estão sempre sacrificadas em benefício do total. O isolamento e a integração são condições fundamentais do fenômeno a que assistimos perplexos. O **isolamento** ocorre quando a parte não adere ao todo, mostrando-se um radical-livre do processo de interação. Integração é o inverso: a parte adere incondicionadamente. O que produz a comunicação de massas é o privilégio do segundo ponto em detrimento do primeiro, posto que o isolamento no fenômeno de massas não gera isolamento de reconhecimento da diferença, mas de reconhecimento na indiferença, isto é, de um isolamento que se ocasiona porque a parte é vista pelo todo como um vírus, um problema, um inimigo em potencial, o que leva ao estigma do todo em relação à parte. A supremacia **total** do todo frente à parte atomiza a parte, negando sua natureza de sociabilidade relacional e depositando nela um paradigma de partícipe, ou melhor, de *criatura quantificável*.

Gramaticalmente, a referência objetiva da primeira pessoa do singular – o *eu* – é uma referência humana, pois só os seres humanos têm condições de inteligibilidade para construir argumentos nesses termos. O *nós* é pronome que indica um elemento relacional entre pessoas, não importando a quantidade dos membros. Ocorre que, no mundo contemporâneo, a humanidade assiste frenética a uma revolução da linguagem gramatical: o termo **massas** não indica mais o *nós*, como seria de se esperar, mas indica – no caso, a **massa** – o *eu*, na primeira pessoa do singular, ou *ela*, na terceira pessoa do singular. O fato é que um grupo de pessoas não é mais pensado em termos de plural, de unidade na diversidade, mas em termos singulares, como se o coletivo fosse um ente dotado de personalidade cognitiva. A palavra **povo**, que é uma construção da filosofia política (tipologia ideal) para indicar tanto o *demos* dos antigos – isto é, aquele que decide sobre os assuntos da cidade política – quanto, em termos modernos, grupos de pessoas que aderem a uma determinada unidade política estatal,

²⁰ORTEGA y GASSET, José. *A rebelião das massas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1959.

é um termo pensado numa variedade de significados, todos eles com respeito à relação pessoas–unidade cultural–Estado Nacional. A massa, ou as massas, no plural não com relação às pessoas, mas aos diferentes agregados coletivos, adquiriram *status* de sujeito. Hoje se fala muito em comandar a massa, como fazer com que a massa aceite, como mudar a tendência da massa. Todas essas frases mostram-nos como o mundo assiste a um novo modo de encarar os relacionamentos humanos: **o fenômeno das massas produz um comportamentalismo**, um agir de acordo com que os outros esperam de nós, que nada mais é senão a reprodução daquilo que buscam os detentores do poder de comunicação. O **comportamentalismo** que caracteriza as massas produz um conformismo, uma aceitação quieta e pacífica de uma repressão coletiva que impõe ao indivíduo determinada conduta, e que se descumprida gera para ele um estigma, uma rejeição do grupo social. Isso importa em dizer que o **fenômeno das massas** não envolve apenas a comportamentalidade total do viver, mas também a falta de relação objetiva entre os indivíduos, de uma relação natural, o que cria uma artificialidade na relação com os outros. Esse fenômeno contemporâneo acaba por destruir as esferas pública e privada em suas naturais condições, bem como retira do ser humano o único refúgio que lhe resta: o lar e a família²¹. A diferença entre o que deve ser *exibido* (na esfera pública) e o que deve ser *ocultado* (na esfera privada) é algo que não se separa com a cultura de massas, pois toda a vida do homem está condicionada e controlada pelos emissores da comunicação, que ditam os comportamentos e condutas sociais, tanto entre homens quanto entre grupos.

Na medida em que a pluralidade é condição para a ação humana, pois o agir do homem e o seu *logos* estão condicionados pela presença necessária dos outros, há necessidade de que a sociabilidade humana pressuponha um agir direcionado para a diferença, a diversidade e a multifacetividade da sociedade humana. Ou seja, agir em conjunto com os outros é, humanamente falando, agir em união na diversidade. O próprio processo de deliberação política nos mostra isso, pois para uma comunidade política deliberar é necessário primeiro que os membros dessa comunidade se aceitem na diferença, para depois entrarem em acordo. No caso específico das massas, isso não ocorre. As massas, ao coletivizarem o homem e impedirem-no de mostrar-se diferente, não aceitam a deliberação, a diferença, a diversidade, tão importantes para a liberdade e para a própria igualdade baseada nos valores humanos. Fato é que o fenômeno de massas trabalha com a igualdade material absoluta, impedindo a diferença e apresentando uma proposta de sociedade embasada na igualdade do ponto de chegada, uma igualdade em absolutamente tudo. Mais

do que isso: o ser humano não é pensado como membro de uma sociedade, mas como parte de um todo, partícula do verdadeiro **sujeito social**. A identidade das massas não é a reunião de pessoas diferentes, mas é a própria indiferença, a igualdade na identidade una, não aceitação real de que somos diferentes de fato, mas não em consideração ideal, que é como atuam as **massas**.

Como atesta PETER SLOTERDIJK,

... já que, como foi visto, todas as diferenças são efetuadas com base na igualdade, portanto em uma impossibilidade preestabelecida de diferenciar, todas as diferenciações modernas estão em maior ou menor medida gravemente ameaçadas pela indiferença. O culto à indiferença da sociedade atual, expandindo-se da moda à filosofia, tem seu motivo no fato de que se sentem todas as diferenças horizontais, e com razão, como sendo fracas, revogáveis, construídas. Por ênfases veementes elas são intensamente ratificadas como se agora também valesse para diferenças a lei da sobrevivência dos mais fortes. Mas todas essas manobras realmente não fazem efeito, pois os formidáveis *designers* e pensadores da diferença em ponto algum instituem uma diferenciação, por sinal com o axioma igualitário que pretende que toda diferenciação parta da massa, que por sua vez é indiferenciada *per definitionem* – desde que se constitua de partículas homogêneas que supostamente se esforçaram igualmente para nascer. O princípio da identidade, no qual se baseava a filosofia clássica, continua existindo, visto por esse ângulo; chega até a adquirir validade mais poderosamente do que nunca, só que mudou de nome e aparece mais secundário, mais negativo, mais reflexivo em uma dimensão. Onde havia identidade, deve aparecer indiferença, ou melhor, indiferença diferente. Diferença que não faz diferença é o título lógico da massa. De agora em diante identidade e indiferença devem ser entendidas como sinônimos²².

Uma das características mais assustadoras dessa identidade na indiferença é o fato de estarmos caminhando em grandes centros urbanos ao lado de milhares de pessoas e dizermos que não estamos em companhia de outros seres humanos, mas que estamos sozinhos. Uma amortização, processo de introspecção psicológica, é produzida quando nos deparamos com **multidões**. As multidões rudes, que são agrupamentos humanos generalizados, repelem a humanidade do homem, porquanto não aceitam a diferença, igualizando horizontalmente os homens lado a lado, desconsiderando a presença alheia ou externa do fato de o

²¹ARENDR, Hannah. A **condição humana**, obra citada.

²²SLOTERDIJK, Peter. **O desprezo das massas**: ensaio sobre lutas culturais na sociedade moderna. São Paulo: Estação Liberdade, 2002.

outro estar presente enquanto diferente. O estar com o(s) outro(s) deu lugar ao estar no todo, filiar-se e vincular-se a um todo que é sujeito, que é unidade humana material e que não aceita a diversidade. O homem, como parte, está em companhia dos demais (demais partes), mas ao mesmo tempo está **sozinho**.

Vivemos não numa *polis*, mas numa *megapolis*, que é justamente a negação da *polis*, pois a cidade política perdeu sua dimensão humana. Hoje temos uma sociedade contemporânea que repele a condição humana preordenada. O povo não é mais povo, como o conhecemos nas teorias antiga e moderna da democracia, mas um agregado amorfo de uma sociedade difusa e anômica. Giovanni Sartori aponta alguns fatores que caracterizam essa nova “sociedade” ocidental. Em termos sociológicos, são três as causas. **Em primeiro lugar**, o tamanho do coletivo. A megapólis não favorece a dimensão individual do humano e leva a atomização e despersonalização do anonimato²³. **Em segundo lugar**, a aceleração dramática da história. A experiência é de um profundo desenraizamento histórico. **Em terceiro**, a proporção e a velocidade da mobilidade horizontal. Cada vez menos os membros de uma comunidade vivem e morrem no lugar onde nasceram, pois migram do rural para o urbano e agregam a **multidão solitária**. Em termos políticos, utiliza Kornhauser para dizer que o homem de massa é fácil de ser manipulado, pois é um indivíduo isolado e disponível, que adere ao coletivo e dele se torna parte. Seu comportamento é positivo quando influenciado por qualquer movimento ativo contra a apatia do processo político. Assim, a sociedade de massa está exposta à dominação carismática e à mobilização social²⁴.

3. Abordagem da política: democracia na sociedade de massas

3.1. Breve noção da democracia política

A individualidade própria do novo idioma humano surgido com a modernidade resultou numa alteração profunda no fenômeno político, importando numa reformulação da relação governantes e governados, modificações estas que ocasionaram o rompimento com a tradição clássica. Aparece uma nova unidade política, mais complexa, mais detalhada e maior sob o ponto de vista institucional: **O Estado**. Junto com ele, o regime de governo mais propriamente humano também se modifica, adequando-se às novas vicissitudes da Idade Moderna. Surge a democracia de

modelo representativo e, assim, a individualidade em relação ao político passa a ser um “*instrumento capaz de transformar os interesses da individualidade em direitos e deveres*”²⁵.

A democracia moderna é muito diferente da antiga. Aristóteles classificou-a dentre as más formas de governo, em contraposição ao regime constitucional reto (não se entenda aqui constituição no sentido moderno)²⁶. Durante dois mil anos a democracia foi mal vista, só passando a ser vista com bons olhos do século XIX em diante. Hoje é uma abreviação do que seja liberal-democracia. A democracia dos antigos era simples, a dos modernos é complexa. Consideremos, como faz Sartori, a democracia sob três aspectos: *democracia é um princípio de legitimidade; democracia é um sistema político chamado a resolver problemas de exercício de poder; democracia é um ideal*²⁷.

Vamos ao primeiro ponto: democracia é um *princípio de legitimidade*. É o que vincula os antigos aos modernos. A legitimidade democrática postula que o poder é do povo (*demos*). É a base para o “consenso verificado”²⁸ (não presumido) dos cidadãos. O povo é o titular do poder. Aqui visualizamos o próprio **FUNDAMENTO** do poder. Dois princípios importam aqui: igualdade política e liberdade política. Igualdade política é a maximização da igualdade por meio da satisfação de determinados critérios que buscam a realização da democracia política. Segundo Robert Dahl, esses critérios são: *participação efetiva* (todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para lançarem seus pontos de vista), *igualdade de voto* (todo cidadão deve ter igualdade de voto e mesmo peso na decisão política), *compreensão ilustrada* (todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para saberem quais as alternativas possíveis), *controle da agenda* (todos os membros devem decidir quais devem ser os assuntos da pauta), *inclusão dos adultos* (todos os cidadãos, ou seja, aqueles considerados capazes de votar, devem participar no processo político, satisfazendo todos os critérios anteriores)²⁹. Evidentemente, esses critérios são condicionantes da maximização da igualdade política, mas não determinantes para a existência desta. Na verdade, eles não precisam – e nem podem – ser satisfeitos de forma plena, bastando que a sociedade política busque meios de realizá-los na melhor medida possível.

De outro modo, a liberdade política, ou seja, a deliberação

²³Esse argumento me parece satisfatório para afirmar que a chamada democracia participativa é uma ilusão, uma falácia, uma ignorância, pois a deliberação em praça pública só é possível em comunidades pequenas e bem organizadas. O agregado amorfo que caracteriza as massas é um argumento suficiente para desmistificar o modelo puramente ideal de participação direta, pois as massas não são organizadas e muito menos vivem em pequeno número, parecendo mais um rebanho servil do que uma comunidade política tal como a *polis*, que era uma unidade política organizada, onde as pessoas – cidadãos – iam até a ágora para deliberar de forma racional. Assim, mesmo que se argumente que hoje ainda existem cidades pequenas que possibilitariam a democracia direta, tal possibilidade é ainda ilusória, pois a vontade do homem contemporâneo, como foi demonstrado, é muito diferente da racionalidade prática e torna o consenso político mais difícil.

²⁴SARTORI, Giovanni. **Teoria da democracia revisitada**. O debate contemporâneo. v. 1. São Paulo: Ática, 1994.

²⁵OAKESHOTT, Michael. **El racionalismo en la política y otros ensayos**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

²⁶Aristóteles. **A política**. 1. ed. Lisboa: Veja, 1998.

²⁷SARTORI, Giovanni. **Elementos de teoría política**. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

²⁸SARTORI, Giovanni. **Elementos de teoría política**, obra citada.

²⁹DAHL, Robert. **La democracia**: una guía para los ciudadanos. Buenos Aires: Taurus, 1999.

racional e livre sobre a melhor alternativa, é a conclusão fundamental do processo democrático, sendo um dos valores mais fundamentais do mundo ocidental. É, por assim dizer, a própria espontaneidade, o próprio bem agir ordenado para o desenvolvimento de virtudes éticas, enfim, é o valor por excelência da deliberação política racional. Provoca um empreendedorismo no espaço público, uma ação voltada para a decisão que diz respeito ao interesse de todos³⁰.

A segunda afirmação é, de certa forma, complemento da primeira: *democracia é um sistema político chamado a resolver problemas de titularidade e exercício do poder*. Democracia é poder do povo; portanto, autogoverno. Os questionamentos de Sartori são pertinentes: até que número se pode autogovernar? Na democracia ateniense, o número era de 1 000 ou 2 000. E quando há 1 000 000,00 ou mais?³¹ A democracia moderna não é mais o plano da deliberação política direta – espaço para o autogoverno, mas sim a democracia de larga escala, a democracia da representação. Daí a necessidade de eleições livres e periódicas que legitimem o poder. A democracia representativa separa titularidade do exercício do poder para, após as eleições, vinculá-los por meio de mecanismos representativos de transmissão do poder³². É o próprio **FUNCIONAMENTO** do poder. Não há mais autogoverno, mas limitação e controle sobre o governo. De fato, a relação existente entre a democracia ateniense – que morreu faz muito tempo – e a democracia moderna está apenas na nomenclatura democracia. A verdadeira democracia na atualidade chama-se democracia representativa. Primeiro porque é a única possível, pois, como foi apontado, a democracia direta é ilusão e falácia. Segundo porque a deliberação política por meio de assembléia seria algo impensável na medida em que a discussão em torno dos temas políticos tornaria inviável a própria decisão sobre os mesmos pontos, seja por falta de tempo, seja porque muitos não teriam condições de apontar suas opiniões. Terceiro, argumento este dado por Ferreira Filho, que afirma o seguinte:

continua presente em nossa época, mesmo na cabeça dos mais radicais partidários da democracia, a idéia na qual Montesquieu funda a necessidade da representação: os homens em geral não são capazes – ou, se quiser moderar a opinião, não estão em condições – de bem decidir as questões políticas; devem, por isso, deixar a representantes, presumidamente mais competentes, essa tarefa.³³

Na verdade, o homem de massa não é, de um modo geral,

competente sobre todos os assuntos da política, seja por desinteresse ou mesmo por falta de preparo intelectual do sujeito comum.

O fechamento dessa tridimensionalidade sobre o significado da democracia sucede com a definição: *democracia é um ideal*. Caso se possa responder o que democracia deve ser e o que ela é de fato, chegamos à conclusão de que a democracia é um ideal. Em grande medida, a democracia ideal é o próprio autogoverno (governo do povo). Mas na realidade é assim? Deveria ser. Um elemento ideal ou normativo, que prescreve uma conduta ou objetivo, é certamente constitutivo da democracia: sem tensão entre um ideal de democracia esta não nasce ou, caso venha a nascer, rapidamente se desmantela. Posto que sem democracia ideal não existiria democracia real, o problema passa a ser: como os ideais se vinculam à realidade, como *o dever ser se converte em ser*?³⁴ A experiência histórica mostra que ideais desmesurados e exagerados (exemplo: URSS) correspondem a catástrofes na prática³⁵. Seja como for, a democracia real (descritiva) nunca será inteiramente a democracia ideal (prescritiva). O ideal vai sendo constantemente concretizado, mas nunca inteiramente em ato. Aqui, visualizamos a democracia no plano da **FINALIDADE**. Então, a existência da democracia deve sempre tentar alcançar a essência da democracia, sua ontologia política: a sua finalidade. A democracia ideal é aquela que congrega todos os fatores determinantes do significado da democracia, na medida em que prescreve uma teoria perfeita sobre uma estrutura política bem ordenada. A democracia ideal é aquela em que a deliberação política efetiva de forma plena o bem de todos, o chamado **bem comum**. Contudo, na democracia real a concretização dessa finalidade é muito difícil, seja pelos percalços da realidade, seja porque buscar o bem de todos é algo que exige concessões por parte de “todos”, e muitas vezes, senão todas as vezes, o total de pessoas numa sociedade política não admite perdas, nem tampouco concessões, dado o forte grau de **relativismo** que marca a sociedade moderna. Por isso, a democracia real é muito diferente da democracia ideal. A democracia ideal funciona perfeitamente, dentro de um quadro teórico bem orientado e perfectibilizado. A democracia real sempre procura chegar o mais perto possível do bem comum, ao bem efetivo de todas as pessoas, embora esse caminho muitas vezes seja extremamente difícil.

Diante disso, podemos considerar que só há um caminho

³⁰ARENDE, Hannah. **A condição humana**, obra citada.

³¹SARTORI, Giovanni. **Elementos de teoria política**, obra citada.

³²SARTORI, Giovanni. **Elementos de teoria política**, obra citada.

³³FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

³⁴SARTORI, Giovanni. **Elementos de teoria política**, obra citada.

³⁵Sartori faz uma importante constatação sobre a democracia no século XX. Diz ele que até o fim da Segunda Guerra Mundial todos aceitavam que a democracia moderna era só uma. Após, manteve-se que duas eram as democracias; uma mais autenticamente popular. A queda dos regimes totalitários comunistas em 1989 provou que a chamada democracia substancial (comunista) não era tal. Contudo, ainda se segue dizendo que há duas democracias. A democracia comunista vê só ideais, esquecendo dos fatos. Desse modo sempre se ganha, mas só sobre o papel. É um ideal sem realidade. Conclui ele dizendo que a única democracia que existe e que merece esse nome é a democracia liberal. SARTORI, Giovanni. **Elementos de teoria política**, obra citada.

possível para deliberação política em que se busque de fato o bem de todos: o *consenso político*. O *consenso político* ocorre quando há adesão incondicionada de todas as pessoas aos valores mínimos exigidos no seio da sociedade política³⁶. Na verdade, o **consenso** incondicionado de todos em relação aos valores permite que a guerra travada entre maioria e minorias no processo político propicie espaço para a *concórdia*, para o fechamento de acordos e para o diálogo entre grupos de diferentes partidos ou opiniões. A diversidade ideológica deve ser reservada para o campo da deliberação de políticas práticas enquanto que o campo dos valores deve sempre permanecer intocável, sob pena de grupos que viram maioria instalarem a ditadura da maioria³⁷. Então, *o consenso nos valores* por parte de todos, sobretudo da maioria, permite que as decisões da maioria sempre concretizem os ideais da democracia real: o bem comum constitutivo, pois a decisão da maioria sempre respeitará os direitos da minoria e, por isso, será sempre um bem para todos.

O **bem comum**, que é o fim de toda a democracia, assim como de toda ordem política, não é um ideal puro, intocável e fictício. O *bem de todos, naquilo que todos possuem em comum*, enquanto fim da democracia real, como o próprio nome já diz, é o bem que toca a todas as pessoas participantes numa comunidade. Destarte, os valores que congregam o bem comum e que devem ser unanimidade por todos os membros de uma comunidade política são, necessariamente, poucos. Em geral, as pessoas discordam sobre muitos pontos de vista, seja em relação às políticas – *polícies* – seja em relação a qualquer assunto da vida. Contudo, no objetivo de se manter a ordem pública e a paz social, é fundamental que o ser humano, até mesmo para o desenvolvimento de suas próprias potencialidades, assuma a posição de concordar com um esquadro mínimo de valores fundamentais, que justificam e promovem a ordem política. Robert Dahl, numa de suas obras mais conhecidas – **Democracy and its Critics**, salienta o seguinte:

In the same way, we might all agree with Traditionalist that in order to promote the well-being of everyone (or as Modernist might concede, nearly everyone) we need peace, order, prosperity, justice, and community. (...) Our common good, then – the good and interests we share with others – rarely consists of specific objects, activities, and relations; ordinarily it consists of the practices, arrangements, institutions, and process that, in Traditionalist's terms again, promote the well-being of

ourselves and others – not, to be sure, of 'everyone' but of enough persons to make the practices, arrangements, etc. acceptable and perhaps even cherished...³⁸

O **bem comum**, como fim da democracia, exige verdadeira comunhão política em torno de valores que irradiam a ordem constitucional de determinado Estado. Assim, todas as pessoas de determinada comunidade devem favorecer e contribuir para esse fim, de modo a consentirem que todos devem ser beneficiados, e não um grupo, partido ou classe, como pregam os regimes totalitários. O bem comum possui dois elementos, então, que o constituem, tornando-o realidade: elemento essencial e elemento concreto. É no elemento essencial, como foi visto, que residem os valores, fins universais e imutáveis, os quais servem de critério orientador para a ação política bem ordenada racionalmente. O elemento concreto, que também foi observado, diz respeito às políticas concretas, intermediárias, variáveis de acordo com as circunstâncias históricas, que buscam sempre aproximar a democracia empírica dos valores universais e atemporais. Enfim, o **bem comum** é, por assim dizer, o bem de todos, no qual todos podem participar, muito embora em diferentes graus de participação, dependendo de aptidões, méritos e disponibilidades³⁹.

A democracia pode, então, ser vista em três planos: fundamento, funcionamento e finalidade. No plano do fundamento, está a substância da democracia, o que a torna viva e pujante. No funcionamento, aufere-se o jogo do poder, isto é, a formalidade do processo político, envolvendo questões como sistemas eleitorais, representação política e sistema de partidos. No plano da finalidade, busca-se o fim de toda ordem política, aquilo pelo qual a democracia realmente existe e se mostra em movimento: o bem comum.

Dentro desses três planos, pode-se claramente perceber que a democracia pode também ser vista por dois planos: substancial e formal. No plano substancial, a democracia pode ser encarada pelo seu fundamento e por sua finalidade. No plano da formalidade, a democracia é encarada pelo procedimento democracia, ou seja, pelo questionamento de como a democracia funciona.

No plano do funcionamento, nota-se que a democracia exige uma série de condições instrumentais que vão definir a própria realidade da democracia, pois um regime democrático sem um aparelhato técnico que viabilize a deliberação política racional,

³⁶Os **valores** a que me refiro são tais como justiça, liberdade, propriedade, segurança, ordem, paz.

³⁷Geralmente, esse tipo de situação ocorre com partidos fortemente ideológicos, que ideologizam todos os campos da atividade política, inclusive subvertendo os valores e a ordem. A ideologização de todo o Estado, sobretudo da administração pública e da burocracia, é um dos aspectos mais perigosos desse tipo de grupo partidário. Aliás, é um dos aspectos mais característicos dos regimes totalitários. Por isso, nas situações em que subsistem relativismos quanto aos valores, geralmente aqueles grupos que vencem as eleições e integram a classe política atropelam os direitos da minoria e submetem o campo da governabilidade para os seus próprios fins, tornando tudo ideologia e fazendo dos valores apenas conceitos sem realidade. Esse tipo de regime político totalitário busca aniquilar adversários políticos, destruindo a democracia e as liberdades.

³⁸DAHL, Robert. **Democracy and its critics**. 1. ed. New York: Yale University Press, 1989.

³⁹PAVAN, Pietro. **La democrazia e le sue ragioni**. Roma: Editrice Studium, 1965.

a democracia fica no papel e se torna real. Por isso, para o bom funcionamento da democracia, é indispensável que a formação da **opinião pública** seja de fato formada no público.

A verdadeira democracia contemporânea é aquela preenchida pela *opinião pública*⁴⁰. A opinião, como o próprio nome diz, deve ser pública. E dizer que ela é pública significa dizer que ela se forma no público, na sociedade política, no público que é interessado na coisa pública – *res publica* – e não que é transmitida de algum emissor para o público, formando-o e manipulando-o. Na Idade Contemporânea, os eleitores não votam de forma justificada, isto é, não deliberam sobre os problemas políticos com racionalidade, com equilíbrio. São, na maioria dos casos, massas de manobra do *marketing* político, alvos da opinião que não é formada por eles, mas por aqueles que detêm os meios de comunicação e que, assim, influenciam diretamente na formação da classe de representação política.

Além disso, a opinião pública não só deve ser formada no público, mas deve ser de natureza pública, ou seja, deve referir uma situação em que esteja presente o bem comum, o bem público, enfim, aquelas realidades que tocam a todos indistintamente. Assim, há opinião pública quando há difusão entre públicos (pequenos públicos dentro de um grande público) e quando fizer referência à coisa pública. Nesse sentido, o conceito de opinião pública situa-se no contexto da democracia representativa e se planta no problema de instituir a democracia em larga escala. A democracia representativa não é a democracia do saber, mas a democracia dos não sábios, da *doxa*, da opinião pública. Esta, assim, é o fundamento operativo da democracia. A democracia se baseia na soberania do povo, que precisa expressar certo conteúdo para dar sentido a sua soberana titularidade. A opinião pública é esse conteúdo que proporciona substância e operatividade à soberania popular⁴¹.

A relação existente entre a opinião pública e a democracia, sobretudo a representativa, é evidente. O problema começa a piorar quando adentramos no chamado fluxo de informações. A opinião pública verdadeira, como vimos, é aquela que se forma no público e a democracia só se operacionaliza por meio dessa opinião, que constitui a base do consenso político. O público, antes dos meios de comunicação de massa, formava a opinião pública, realmente deliberando sobre a política e os seus meios de exercício. O problema é que, com o advento dos meios de comunicação de massa em larga escala, a opinião pública não é mais formada no público, mas passa a ser formadora do público, através dos canais

de comunicação. A opinião autônoma do público foi posta em xeque com a propaganda totalitária e as novas tecnologias de comunicação de massas, e a opinião pré-fabricada, levada pronta ao público, adquiriu *status* e passou a ser o grande motor da democracia. O risco dessa situação é claro: quem decide sobre os rumos da deliberação política não é o público, soberano e titular do poder, mas grupos de anônimos que estabelecem o conteúdo das informações e formam a opinião de pessoas do público, decidindo sobre os procedimentos de fluxos de informações e os mecanismos necessários para a decisão final do processo político. Há, então, uma adesão cega e incondicionada das **massas** àquilo que pregam os meios de comunicação, ou até mesmo aos seus líderes, como bem mostrou Robert Michels, ao dizer

é mais fácil dominar a massa que um pequeno auditório. A adesão daquela é, de fato, tumultuada, sumária, incondicional. Uma vez sugestionada ela não admite facilmente as contradições, sobretudo de parte de indivíduos isolados. Uma grande multidão reunida num pequeno espaço é incontestavelmente mais acessível ao pânico cego ou ao entusiasmo irrefletido que um pequeno grupo, no qual os membros podem discutir tranqüilamente entre si.⁴²

Diante desse dado, a pergunta é: que tipo de democracia vivenciamos? Como diz Lipset, o “*voto é o mecanismo fundamental de consenso na sociedade democrática*”, e a democracia é uma cosmovisão baseada num equilíbrio entre as forças de clivagem do processo político – competição eleitoral – e os mecanismos de estabelecimento do consenso, fundamental para a verdadeira democracia⁴³. O problema é: se a opinião não é mais formada no público, e se o voto como instrumento da democracia é usado para cancelar aquilo que os meios de comunicação de massas exigem, cabe a pergunta: quem realmente decide? Os eleitores-titulares do poder ou os grupos que possuem o controle sobre os meios de comunicação?

Dizer que o modelo de democracia mudou talvez fosse um exagero haja vista que ainda vivenciamos a democracia representativa, muito embora isso possa ser a nova face da democracia representativa. Mas, mesmo assim, a pergunta continua: até onde pode levar a *influência* da propaganda política sobre os titulares do poder?

A pedra de toque da democracia é o consenso. O consenso

⁴⁰SARTORI, Giovanni. **Elementos de teoria política**. Opinião pública, segundo o professor Sartori, é um conceito surgido em meados da revolução francesa de 1789. No entanto, opinião pública é algo que encontramos na Antiguidade Clássica, mais propriamente no desenvolvimento da democracia ateniense. Opinião – *doxa* em grego – e *logos* foram e ainda são os grandes motores da democracia. A opinião pública é fundamental para o desenvolvimento da comunidade política, para a deliberação política.

⁴¹SARTORI, Giovanni. **Elementos de teoria política**, obra citada.

⁴²MICHELS, Robert. **Sociologia dos partidos políticos**. Brasília: Editora da UNB, 1982.

⁴³LIPSET, Seymour Martin. **O homem político**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

se constrói no pluralismo, no respeito à diferença, na tolerância e na concepção de unidade na diversidade⁴⁴. O consenso alimenta e domestica o conflito e a clivagem política, transformando-os em conflito pacífico. Contudo, o consenso não é unanimidade em tudo, e nem pode almejar isso. **Consenso** significa a adesão total apenas aos valores, “*fins eleitos pela sociedade política*”⁴⁵ e, ao mesmo tempo, *clivagem* sobre os programas e alternativas mais empíricas da política em que a maioria decide sempre respeitando os direitos da minoria. O *pluralismo político* corresponde à diversificação do poder, expressa pela pluralidade de partidos políticos, e não grupos de pressão (nos quais o consenso se torna impossível).

3.2. Que tipo de democracia política estamos vivenciando com a sociedade de massas?

O problema é que a democracia atual, baseada na opinião formada a partir dos meios de comunicação de massas, não busca o **consenso verdadeiro**, em que o cidadão é realmente titular e soberano do poder, mas a **unanimidade total** dos membros da sociedade, ou seja, a **adesão incondicionada** sobre determinados candidatos, programas ou alternativas políticas que nada mais são senão produto do *marketing* eleitoral.

Os meios de comunicação de massas monopolizam as informações e as propagandas sobre a arena política, detendo o poder de manipular o grande público – *mass media* – a fim de levar a um resultado eleitoral querido e esperado. Ferreira Filho lança respostas ao problema dizendo o seguinte:

A moderna propaganda, porém, está ligada, por um lado, ao melhor conhecimento do psicossocial humano e, por outro, ao desenvolvimento dos meios audiovisuais de comunicação. Seja para divulgar os produtos da indústria de massa, e levar os potenciais consumidores a adotá-los, seja para difundir idéias e programas, ou meros *slogans*, desenvolveu-se um conjunto de técnicas altamente eficientes para o objetivo colimado. Especialmente, essas técnicas sabem aproveitar a índole do rádio e da televisão para ‘vender’ o que se quer seja ‘vendido’: um sabonete ou uma candidatura. O que é necessário sublinhar, porém, é usar a propaganda do apelo ao inconsciente humano, a meios de sugestão, pondo-se de lado o elemento racional. Ou ao menos reduzindo-lhe o papel à expressão mais singela. Disso decorre ser a propaganda mais um instrumento de manipulação da opinião que um meio de levar o indivíduo a formar pelo

raciocínio o seu juízo (...). A atividade da propaganda política é hoje exercida como especialidade por técnicos e empresas especializadas. Dedicam-se estes a vender candidaturas, trabalhando para qualquer partido ou grupo sem ‘preconceitos’, em troca de elevados honorários. Na verdade, são mestres de *videopolitics* e tendem a fazer da política um espetáculo.

O que se vê na atualidade é que a comunicação de massas não presta o seu serviço de forma honesta, ou seja, oferecendo elementos e informações imparciais para que o sujeito da democracia – o povo – delibere e decida de forma racional, equilibrada e consciente. Muito pelo contrário. Os meios de formação de opinião procuram *formar* a opinião, e não informar o público para que a *vox populi* decida realmente.

Diante disso, o que se percebe é a emergência de um novo tipo de eleitor – irracional, apegado a imagens e símbolos, pouco informado sobre política e o papel dos partidos, e o que é pior: com uma opinião negativa sobre a própria política e seus atores. Esse tipo de eleitor, deformado pela mídia e pelos meios de comunicação de massa, é geralmente instável, volúvel e que, numa mesma eleição, pode apresentar comportamentos muito diferentes (por exemplo, votar em vários partidos diferentes e radicalmente opostos para diferentes cargos públicos, não respeitando uma lógica coerente), sem sequer se dar conta de que suas manifestações podem ser contraditórias, ausentes de qualquer embasamento racional. São, assim, vulneráveis no processo político, servindo de massa de manobra para aqueles que apresentarem a melhor propaganda, pois não pensam e não fazem qualquer juízo racional no momento de deliberar. O **homem massa**, portanto, é um eleitor com fraca interação lógica em suas idéias, sendo influenciado pelas imagens de televisão e outros meios de comunicação, além de fazer juízos de gosto e emoção em vez de juízos racionais. Essa posição leva sempre a uma escolha intuitiva e irracional, desprendida de racionalidade prática e lógica.

Nesse cenário, a arena política apresenta caráter dramaturgico, uma vez que as imagens de um candidato valem muitas vezes mais que suas palavras. Essa dimensão simbólica da política é, então, o que marca a democracia atual, propriamente chamada de **democracia de massas**, contemporânea, em que a opinião pública deixou de ser formada no público para deformar o público, torná-lo vulnerável às intenções dos detentores dos meios de comunicação de massa. O *marketing* político – *videopolítica* – tornou-se a nova maneira de expressão da escolha política, na qual

⁴⁴SARTORI, Giovanni. **Pluralismo, multiculturalismo e estranei**: saggio sulla società mutietnica. 1. ed. Milano: Superbur Saggi, 2002.

⁴⁵Expressão dita em aula ministrada na UFRGS pelo professor Cezar Saldanha Souza Junior. Na verdade, os fins eleitos são aqueles assuntos constitutivos do bem comum, isto é, matérias de interesse de todos os membros da sociedade política. O professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz: “*No interesse geral enquadram-se poucas, mas importantíssimas matérias: a garantia da convivência social pacífica, a paz, a ordem, com a definição de suas normas básicas e organização das instituições que as devem fazer respeitar, garantia esta que vem a ser a segurança indispensável à vida, à liberdade, aos direitos de cada um; e a manutenção dos serviços públicos essenciais*”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

a arena é emocionalizada pelas propagandas e o comportamento dos eleitores, teledirigido.

A difusão de informações políticas através dos meios de comunicação de massas influencia consideravelmente a escolha de voto dos eleitores⁴⁶. Teoricamente, programas eleitorais não estabelecem apenas a pré-indicação dos programas que os partidos buscarão fazer em caso de vitória, pois também servem como instrumentos para a competição eleitoral. Por um lado, servem como pontos de referência para a avaliação objetiva a ser feita pelos eleitores; por outro, instituem um repertório temático em que se encontra um rol de atividades políticas que visam ao **consenso**. Diante disso, em tese, os programas possibilitam que os eleitores diferenciem racionalmente os partidos – *por programas e tendências* – como atores políticos na arena montada pela clivagem eleitoral democrática. Contudo, na realidade, não ocorre assim. O número de eleitores – *homem massa* – que de fato lê e estuda os programas oferecidos é muito baixo. Por isso, entram em cena a televisão e os meios de comunicação, como meios influenciadores do processo e dos resultados do jogo político⁴⁷.

Então, que tipo de deliberação política temos, num contexto em que o povo vota dirigido? O povo continua sendo titular do poder. Mas, e quanto ao exercício? De que modo o exercício do poder foi alterado?

A democracia verdadeira é, como vimos, aquela em que a opinião parte do público, o que hoje em dia, na democracia contemporânea, não conhecemos. A opinião pública não está mais no público, mais é passada a este. O problema mais chocante é que os media não formam ninguém, mas deformam. Vivemos, como diz Sartori, numa época em que o “*demos é dirigido pelos manipuladores dos media*”⁴⁸.

3.3. Como fica a pedagogia política com a televisão?

A **cultura** da sociedade moderna mudou com a televisão⁴⁹. De fato, a televisão transforma não só o processo político, mas a própria essência cultural do homem, pois efetua o comportamento teledirigido, exercendo influência sobre o comportamento humano. O mais chocante é que a televisão transformou-se num instrumento de detenção de domínio incontrolável, oferecendo riscos até mesmo para o futuro da sociedade política. Com o significativo acréscimo do poder influenciador que a televisão promove, resta cada vez mais difícil para as **massas** captar a diferença entre realidade e ficção.

O problema torna-se maior quando constatamos que as

crianças estão gastando mais tempo vendo TV. Essa situação pode ser perigosa. Para um adulto com instrução, ver televisão é mais uma forma de diversão do que propriamente meio de educação. Com crianças e pessoas de baixa instrução, em que a compreensão do mundo é muito limitada, o fenômeno pode ser perverso. A grande verdade é que as cadeias de televisão buscam telespectadores em larga escala e não possuem nenhuma finalidade educativa. Deliberadamente, educam as crianças para a violência e para o sensacionalismo, tornando a vida infantil uma verdadeira ficção.

Qualquer sociedade que procure realizar o **bem comum** precisa ter consciência de que a educação, não só a educação política que gera o desenvolvimento de virtudes cívicas, mas também a educação moral, é indispensável para qualquer sociedade civilizada em que os cidadãos não são produtos de imagens ou culturas simbólicas, mas de um processo de formação que começa na infância. Ora, se a TV deforma e não educa, num ambiente em que a quase totalidade das crianças assiste à televisão, que tipo de sociedade teremos no futuro?

A situação parece irreversível. Contudo, aqueles que detêm os meios de comunicação de massa, sobretudo a televisão, precisam ter em mente que, se quisermos uma sociedade política bem organizada e uma democracia verdadeira, a situação precisa mudar. Os detentores dos *media* precisam ter compromisso com a educação. Toda civilização democrática, orientada para o bem comum, precisa de uma sociedade em que a pedagogia política seja base da formação individual.

Dois fatores são importantes para definir o grau de influência da televisão sobre as pessoas: o tempo gasto em vê-la e o conteúdo dos programas. Quanto ao tempo, é fato que a televisão rouba o tempo das pessoas, tirando-as de outras atividades produtivas. No caso das crianças, o efeito é ainda mais terrível. Típicas atividades infantis, tais como brincadeiras e esportes, fundamentais para o desenvolvimento da fase primária, estão sendo substituídas pela televisão. E isso é preocupante. Cada vez mais, crianças estão substituindo atividades de lazer e produtivas para assistir à televisão. O problema não é só esse. O tipo de programa oferecido pelas cadeias de televisão não são nem um pouco educativos, o que justificaria essa situação. Bem pelo contrário. São quase nada incentivadores da cultura e promovem a violência e a troca da realidade por ficção. Como a televisão passa uma imagem deformada do mundo e as crianças são muito

⁴⁶PISATI, Maurizio. **Il video e il voto**: gli effetti dell'informazione politica televisiva sulle elezioni del 1996. Artigo publicado na Rivista Italiana di Scienza Politica, n. 2, agosto de 2000. O autor ainda salienta que o comportamento eleitoral é um campo da sociologia política que vem sendo estudado desde o final dos anos 40, por Berelson Lazarsfeld. Os dois analisaram como o conteúdo das informações passadas pela TV orienta empírica e diretamente a escolha de voto dos eleitores.

⁴⁷SANI, Giacomo; SEGATTI, Paolo. **Programmi, media e opinione pubblica**. Artigo publicado na Rivista Italiana di Scienza Politica, n. 3, dezembro de 1996.

⁴⁸SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: televisão e pós-pensamento. 1. ed. Lisboa: Terramar, 2000.

⁴⁹SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: televisão e pós-pensamento. Obra citada. Sartori escreve o seguinte: “... a tese de fundo é a de que o vídeo está a transformar o *Homo sapiens*, produto da cultura escrita, em *Homo videns*, no qual a palavra é destronada pela imagem. Tudo agora é visualizado. Mas, assim sendo, o que é que acontece com o não-visualizável (que é a maior parte)? Assim, enquanto nos preocupamos com quem controla os media, não nos apercebemos do facto de que foi o próprio instrumento que escapou das nossas mãos. (...) mais importante é perceber que o *telever* está a mudar a natureza do homem”.

influenciadas pela TV, de modo que tentam compreender o mundo a partir dela, compreenderão o mundo de maneira deformada⁵⁰.

4. Conclusão

Este ensaio não foi escrito com o objetivo de profetizar soluções para os problemas da democracia contemporânea, nem tampouco descobrir caminhos para uma nova forma de educação política – *paidéia*⁵¹ –, senão de constatar empiricamente alguns problemas relevantes e atuais, fazendo um breve percurso sobre as origens filosóficas, sociológicas e políticas que justificam o fenômeno contemporâneo da sociedade de massas.

Entendendo-se a atual circunstância da formação social e política da realidade contemporânea, uma nova **paidéia política** deve ser buscada, que envolva o compromisso do ser humano com o bem comum e com a democracia, bem como com os valores que permeiam o mundo ocidental. E essa educação cívica, de acordo com as virtudes mais elementares da natureza humana, só pode ser cultivada numa sociedade política em que as instituições sejam ordenadas de acordo com os fins éticos universais, fazendo com que o Estado e a sociedade estejam enxertados pelos valores mais perenes da natureza humana presentes na história e na sua ontologia. De fato, o compromisso com os valores pode dinamizar mudanças na atual estrutura da sociedade de massas, concebendo um sentido educativo e pedagógico para as futuras gerações.

5. Referências

ARENDT, H. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. **Origens do totalitarismo**. 1. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. Brasília: UNB, 2001.

_____. **A política**. 1. ed. Lisboa: Veja, 1998.

ARON, R. **Democracia e totalitarismo**. 1. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1966.

BERLIN, I. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

DAHL, R. **La democracia**: una guía para los ciudadanos. Buenos Aires: Taurus, 1999.

_____. **Democracy and its critics**. 1. ed. New York: Yale University Press, 1989.

DESCARTES, R. **Meditações**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

FERREIRA FILHO, M. G. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREUND, J. **L'essence du politique**. Paris: Sirey, 1965.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LIPSET, S. M. **O homem político**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MANNHEIM, K. **Diagnostico de nuestro tiempo**. 7. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1978. (Colección Popular).

MICHELIS, R. **Sociologia dos partidos políticos**. Brasília: UNB, 1982.

OAKESHOTT, M. **El racionalismo en la política y otros ensayos**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

ORTEGA; GASSET, J. **A rebelião das massas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1959.

PAVAN, P. **La democrazia e le sue ragioni**. Roma: Studium, 1965.

PISATI, M. Il video e il voto: gli effetti dell'informazione política televisiva sulle elezioni del 1996. In: **Rivista Italiana di Scienza Politica**, n. 2, ago. 2000.

POPPER, K. et al.. **Televisão: um perigo para a democracia**. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 1999.

REALE, G. **O saber dos antigos: terapia para os tempos atuais**. 1. ed. São Paulo: Loyola, 1999.

_____. ANTISERI, D. **História da filosofia: do humanismo a Kant**. 4. ed. São Paulo: Paulus, v. 2, 1990.

SANI, G.; SEGATTI, P. Programmi, media e opinione pubblica. In: **Rivista Italiana di Scienza Politica**, n. 3, dez. 1996.

SARTORI, G. **Teoria da democracia revisitada: O debate contemporâneo**. São Paulo: Ática, v. 1, 1994.

_____. **Elementos de teoría política**. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

_____. **Pluralismo, multiculturalismo e estranei**: saggio sulla società multietnica. 1. ed. Milano: Superbur Saggi, 2002.

_____. **Homo videns: televisão e pós-pensamento**. 1. ed. Lisboa: Terramar, 2000.

SLOTERDIJK, P. **O desprezo das massas: ensaio sobre lutas culturais na sociedade moderna**. São Paulo: Estação Liberdade, 2002.

SOUZA JUNIOR, C. S. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Tese apresentada para concurso a professor titular junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

WEBER, M. **Political writings**. 1. ed. New York: Cambridge University Press, 1994.

⁵⁰POPPER, Karl e outros. **Televisão: um grupo para a democracia**. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 1999.

⁵¹Com paidéia quero dizer educação, formação intelectual e cívica.

Artigo 06

“A Ética da Libertação de Enrique Dussel e a Necessidade de um Novo Paradigma Libertador Homossexual diante do Androcentrismo Vigente no Meio Jurídico Brasileiro”

de Romualdo Flávio Dropa¹

1. Introdução. 2. O sexismo machista nos cursos de Direito. 3. Herança heterossexista (androcentrismo) colonial e homofobia. 4. Heterossexismo, homofobia e o paradigma androcêntrico vigente no universo jurídico brasileiro. 5. Ética da libertação dusseliana e paradigma androcêntrico vigente. 6. Conclusão. 7. Referências.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é apontar a existência de um paradigma androcêntrico vigente dentro dos Cursos de Direito das faculdades brasileiras e, por meio da Ética da Libertação dusseliana, discutir a necessidade de se abordar uma nova práxis jurídica dentro do meio acadêmico para a formação de profissionais mais qualificados e preparados para enfrentarem questões ligadas aos direitos das minorias, principalmente dos indivíduos homossexuais.

Palavras-chave: androcentrismo, homossexualidade, direitos, ética.

Abstract – L'objectif de ce travail est démontrer l'existence d'un paradigme androcentrique e vigence dans les cours de Droit des facultes brésiliennes et a travers l'Étique de la Libération d'Enrique Dussel la nécessité d'aborder l'étude d'une nouvelle pratique juridique dans le moyen académique pour la formation des professionnelles plus qualifiés et prepares pour affronter des questions liées aux droits des minorités, principalement des individus homosexuels.

Key words – androcentrisme, homosexualité, droits, étique.

1. Introdução

Para muitos pesquisadores, advogados, doutrinadores e protagonistas do Direito, falar de “homossexualidade” ainda é tabu como se o assunto fosse revestido por uma doença qualquer. Esquecem-se esses mesmos profissionais de que o tema avança em problemática, mas pouco se constrói em soluções. Cada estudante, advogado ou profissional do Direito que coloca nos olhos o cabresto do preconceito está renegando e escarnecendo sobre o próprio diploma e o juramento que fez no dia de sua formatura, quando prometeu trabalhar em prol da justiça de quem quer que fosse.

Quando o autor deste trabalho realizou pesquisa para sua dissertação de Mestrado, descobriu a existência de uma lacuna enorme de pesquisas jurídicas na área envolvendo a homossexualidade e o Direito Brasileiro, principalmente no que diz respeito à homossexualidade e aos seus aspectos jurídicos.

Pretende-se analisar aqui, de forma rápida e sem a pretensão de esgotar o tema, a temática relativa à homofobia e o paradigma do heterossexismo vigente (androcentrismo), que povoam os cursos de Direito e o Judiciário brasileiro, a saber, nesta pesquisa, a cultura androcêntrica em contraponto à homossexualidade. Estes últimos têm muitos de seus direitos usurpados, como no caso das uniões homoafetivas e os efeitos jurídicos resultantes dessas relações de afeto, bem como os graves crimes de ódio cometidos em virtude da homofobia, ofendendo os princípios da cidadania e do acesso à Justiça, da democracia, da justiça distributiva, dos direitos humanos e da dimensão social do Direito.

O ordenamento jurídico brasileiro pouco ou quase nada prevê, especificamente, com relação a direitos das minorias homossexuais. Seja com relação aos crimes de ódio ou no tocante a indivíduos de mesmo sexo que se unem para uma vida em comum, baseada em afeto, respeito e consideração mútuos, assistência moral e material recíproca, os operadores do Direito se vêem, quase sempre, em meio à árdua tarefa de buscar possíveis soluções em escassa doutrina ou jurisprudência, que caminha a passos lentos em nosso Judiciário. Entretanto, não bastasse essa dificuldade imposta pela omissão do poder legiferante, esbarra-se ainda na questão do despreparo e da falta de conhecimento dos operadores do Direito, principalmente daqueles que são chamados para oferecer a Justiça, no que trate a homossexualidade e seus aspectos sociológicos.

Em meio à luta pelo reconhecimento dos direitos de alguns indivíduos pertencentes à minoria homossexual, cuja única “diferença” está na maneira de expressar sua sexualidade, encontram-se os operadores do Direito. Alguns inertes, indiferentes; outros, mais ativos, buscam uma solução para a questão do respeito à diversidade humana, seja escrevendo artigos de apoio para a aprovação de leis regulamentando uniões homoafetivas, seja abordando o respeito à integridade física dos homossexuais, defendendo pontos de vista em congressos e palestras de cunho jurídico, seja, ainda, por meio de obras jurídicas que permitam ampla divulgação do pensamento jurídico-doutrinário, não somente no sentido de criar doutrina propriamente dita, mas também apontar para a

¹Romualdo Flávio Dropa. Faculdades Dom Bosco – Curitiba – PR. Mestre em Ciência Jurídica, professor de Direito Constitucional, Direitos Humanos, Ciência Política e Teoria Geral do Estado, Filosofia Geral e Jurídica, Hermenêutica Jurídica, Direito Internacional Privado.

melhor compreensão de um fato social – a homossexualidade – e, sobretudo, jurídico, que merece amparo legal.

Nesse sentido, a minoria homossexual excluída deve buscar na analética um discurso para encontrar sua práxis libertatória, apresentando-se como a alteridade e irrompendo como o estranho, o diferente, o distinto, o oprimido, aquele que está à beira do caminho, fora do sistema, mostrando seu rosto sofredor e gritando por justiça. A analética tem origem não na ordem estabelecida da totalidade, mas no outro, sendo que a comunidade homossexual deve buscar nessa prática sua libertação diante do androcentrismo vigente.

2. O sexismo machista nos cursos de Direito

O sexismo machista leva à homofobia, quando se considera a heterossexualidade como natural, superior e positiva, e a homossexualidade, como inferior, negativa, antinatural. Atitudes de hostilidade e violência contra as pessoas homossexuais são manifestações dessa forma de sexismo que, como as demais, legítima, justifica e torna inquestionável a sua prática.

A homofobia, ou a chamada “aversão aos homossexuais”, encontra-se presente no denominado “senso comum”, na própria cultura brasileira, oriunda, nascida do androcentrismo, e essa realidade somente poderá ser transformada por meio de uma ética da libertação que se utilize da analética proposta por Enrique Dussel e que apresente novos meios de inclusão homossexual diante do paradigma androcêntrico vigente.

Androcentrismo é a cultura masculina dominante que se impõe como paradigma vigente, como validade.

Elisabeth Gösmann, conceituando androcentrismo, dirá:

Por androcentrismo devemos entender a estrutura preconceituosa que caracteriza as sociedades de organização patriarcal, pela qual – de maneira ingênua ou propositada – a condição humana é identificada com a condição de vida do homem adulto. Às afirmações sobre ‘o homem’ (= ser humano), derivadas dos contextos da vida e da experiência masculinas, os pensadores androcêntricos atribuem uma validade universal: o homem (= ser humano) é a medida de todo o humano. Essa reconstrução filosófica e lingüística reducionista da realidade tem, entre outras conseqüências, a de o conceito de trabalho ser definido unilateralmente, com base nas condições do trabalho assalariado. Só numa sociedade em que o pensamento androcêntrico é onipresente é que pôde ocorrer que só aos poucos, e enfrentando a resistência dos homens, as mulheres tivessem que conquistar o acesso aos direitos humanos universais. O preconceito androcêntrico torna a vida feminina invisível do ponto de vista lingüístico, e coloca a mulher do ponto

de vista conceitual à margem da antropologia geral. A crítica lingüística, ideológica e científica feminina tem, pois, como meta, desvendar, no discurso dominante, estruturas preconceituosas androcêntricas, e dessa forma desmascarar a objetividade aparente como uma retórica do partidarismo masculino. (GÖSMANN, 1996, p. 58)

No androcentrismo encontram-se os fatores que levam, conduzem à homofobia, ou a denominada “aversão aos homossexuais”.

Para o homofóbico, o que hoje se denomina homoerotismo, ou seja, a conduta erótica voltada para indivíduos de mesmo sexo, é um comportamento desvirtuado e que não deve ser tolerado. Essa intolerância leva ao sexismo machista exagerado, ou a um exacerbamento da cultura androcêntrica que tenta fazer valer o paradigma dominante. Por conseqüência, homossexuais passam a ser excluídos da sociedade, tornam-se o “outro”, na voz de Enrique Dussel, o estranho e diferente que não é reconhecido pela totalidade dominante.

Essa falta ou ausência de aceitação do “outro” e sua intolerância é que o priva de direitos, uma vez que não são reconhecidos, não existem, são o “nada”, o “não-ser”, a chamada “negatividade” demonstrada pela filosofia de Enrique Dussel.

Assim, demonstrando a existência do androcentrismo como paradigma dominante, a chamada “totalidade”, torna-se possível demonstrar, de maneira “analética”, a existência da alteridade, do diferente excluído, no caso, os indivíduos homossexuais negados e cujos direitos não são reconhecidos.

Sob o ponto de vista antropológico e histórico, o pensamento cristão introduzido na América Latina pelos portugueses e espanhóis trouxe consigo a figura do androcentrismo dominante na Europa, o qual se encontrava arraigado pela herança patriarcal e pela dominação masculina, imperando a figura do homem como centro das decisões, transformações e inovações sociais.

Existe um androcentrismo dominante, herança cultural européia, transformado em paradigma, que domina o meio jurídico brasileiro, primeiramente nas faculdades de Direito, construindo operadores do Direito despreparados para julgar causas relativas ao princípio fundamental da dignidade humana no que diz respeito à homossexualidade.

A ética da libertação dusseliana, mediante um discurso que promova o face-a-face entre o paradigma androcêntrico dominante e a alteridade, é o instrumento para a própria libertação do homossexual oprimido. Somente formando profissionais que saibam identificar a figura do paradigma androcêntrico vigente e contrapô-la à alteridade por meio de um discurso de libertação, no qual o “outro” é reconhecido pelo “mesmo”, é que se vislumbrará esse re-conhecimento.

Localizada a presença do paradigma androcêntrico dominante na cultura brasileira, dirigir-se-á a pesquisa para os bancos acadêmicos dos cursos de Direito. Esse androcentrismo também se encontra presente no ambiente das academias de Direito, tanto entre membros do corpo docente, quanto entre os estudantes. Os novos operadores do Direito devem ser formados com base num novo ethos libertador, o qual não somente libertará os homossexuais da opressão sofrida, mas também os próprios futuros profissionais, que se libertarão da influência do paradigma androcêntrico dominante. A libertação será promovida reconhecendo o “outro”, a alteridade, e admitindo a existência do paradigma androcêntrico dominante.

3. Herança heterossexista (androcentrismo) colonial e homofobia

O pensamento cristão trazido pelos portugueses e espanhóis para a América Latina não se configurou como efeito positivo para os habitantes nativos dessas terras que, muito antes da chegada dos europeus, já praticavam uma variedade de ritos e costumes próprios com respeito à sexualidade.

Como parte desses hábitos, interessa à presente pesquisa o que hoje se denomina “homoerotismo”. Durante o período colonial, os ensinamentos introduzidos pela Igreja Católica contribuíram para condenar práticas eróticas aborígenes entre pessoas do mesmo sexo, e acabaram por demonizar o que hoje se denomina homoerotismo, ou seja, a conduta erótica voltada para indivíduos de mesmo sexo. Esses mesmos ensinamentos vieram aliados à cultura ibérica repleta de machismo sobre as questões de gênero e sexualidade. Não se deve estranhar, nesse sentido, que o heterossexismo e a homofobia se integraram ao imaginário dos conquistadores e dominadores desde a sua chegada nas terras do Novo Mundo, condutas essas totalmente alienígenas aos habitantes de origem.

O heterossexismo, termo relativamente recente, designa um pensamento segundo o qual todas as pessoas são heterossexuais até prova em contrário.

Durkheim foi um dos pioneiros na análise dos fatores coercitivos que levam o indivíduo, desde cedo, a se moldar segundo os parâmetros historicamente impostos pelo grupo social, no qual se encontra circunstancialmente inserido. Essa estruturação do indivíduo, segundo padrões preestabelecidos e exteriores ao próprio, perpassa pelo psicológico, pelo moral, pelos hábitos e costumes, pelo comportamento, enfim, por toda cultura. Tal processo é, até certo ponto, inconsciente, e será determinante no sentido de conferir maior ou menor engajamento social (ou comprometimento) do indivíduo nos processos coletivos que permeiam as atividades sociais.

Um indivíduo ou grupo classificado por heterossexista não reconhece a possibilidade de existência da homossexualidade

ou mesmo da bissexualidade. Tais comportamentos são ignorados ou por se acreditar que são “desvio” de algum padrão, ou pelo receio de gerar polêmicas ao abordar determinados assuntos em relação à sexualidade.

A expressão heterossexismo não é muito familiar, pois somente há pouco tempo é que vem sendo utilizada, juntamente com “sexismo” e “racismo”, para destacar uma forma de opressão e exclusão que suplanta os direitos de indivíduos homossexuais. Heterossexismo é o termo que descreve uma atitude mental que primeiro cria uma categoria para, em seguida, injustamente, rotular como inferior todo um conjunto de cidadãos.

Na denominada sociedade heterossexista, a heterossexualidade é vista como atitude e expressão normal da sexualidade e todas as pessoas são consideradas heterossexuais, salvo prova em contrário. A heterossexualidade é tomada como “natural”, quer em termos de estar próxima do comportamento animal, quer em termos de ser algo inato, instintivo e que não necessita ser ensinado ou aprendido.

Quando seres humanos dizem que algo é “natural”, em oposição a um comportamento “adquirido” por meio de um processo de aprendizagem, geralmente querem dizer que não é possível desafiá-lo nem mudá-lo e que seria até mesmo perigoso tentar fazê-lo. No passado, dominava a idéia de que os homens eram “naturalmente” melhores nas ciências e no desporto e líderes natos, mas as mulheres tiveram a oportunidade de desafiar essas idéias e de mostrar o homem e a mulher numa perspectiva completamente diferente. Esse desafio foi facilmente perpetuado assim que se começou a evidenciar que os homens são empurrados para posições de vantagem por uma sociedade que está estruturada para os beneficiar, processo (a opressão das mulheres) mais tarde denominado sexismo.

O heterossexismo está institucionalizado nas nossas leis, em órgãos de comunicação social, religiões e línguas. Tentativas de impor a heterossexualidade como superior ou como única forma de sexualidade são uma violação dos direitos humanos, tal como o racismo e o sexismo, e devem ser desafiadas com igual determinação.

Durkheim preocupa-se em analisar a maneira pela qual o meio social, através de aparelhos de coerção e da própria instituição educativa, contribui para regular, controlar e moldar permanentemente o comportamento individual, tornando os processos coletivos aparentemente harmônicos e estáveis. O processo de coerção (ou de conversão) do indivíduo acontece desde cedo, sendo primordial para a garantia da coexistência pacífica entre os indivíduos que, por sua vez, tornará possível uma convivência coletiva estável e pacífica.

Por consequência, testemunha-se na sociedade heterossexista o perigo da homofobia, caracterizada pelo medo e

o resultante desprezo pelos homossexuais que alguns indivíduos sentem. O termo é utilizado para descrever uma repulsa face às relações afetivas e sexuais entre pessoas do mesmo sexo, um ódio generalizado aos homossexuais e a todos os aspectos do preconceito heterossexista e da discriminação anti-homossexual.

4. Heterossexismo, homofobia e o paradigma androcêntrico vigente no universo jurídico brasileiro

Sempre foi papel da Justiça preencher lacunas no ordenamento jurídico positivo com a finalidade de resolver questões novas ainda não tuteladas pela lei. Eis a grande função criadora da jurisprudência. O juiz não pode deixar de apresentar uma resposta às controvérsias submetidas a julgamento, alegando falta de previsão legislativa. Tendo como uma das funções a de colmatar as lacunas do sistema legal, o juiz também acaba forçando o Legislativo a normatizar o fato através da edição de leis. Entretanto, os novos paradigmas devem ser vistos dentro de um contexto atual, atendendo ao momento que a sociedade está vivenciando, ou seja, sob uma perspectiva social e realista.

Entretanto, o heterossexismo toma conta do Poder Judiciário Brasileiro. Além disso, desde os bancos acadêmicos dos cursos de Direito até as últimas instâncias da Justiça, testemunhamos a presença da homofobia, velada ou explícita entre alguns operadores do Direito.

Pretende-se, com a presente pesquisa, investigar a presença do heterossexismo machista e da homofobia no universo jurídico brasileiro.

Entretanto, muitos estudantes e operadores do Direito encontram-se vitimados pela presença nociva do heterossexismo e da homofobia, transmitidos pelo paradigma androcêntrico vigente herdado da cultura de massa brasileira, construída sobre bases ibéricas. O machismo de nossos ancestrais se difundiu de maneira avassaladora sobre a cultura brasileira, subjugando mulheres e homossexuais que sofrem sob a crueldade do paradigma “macho man”.

Nesse sentido, embasamos essa afirmativa com o pensamento de Jurandir Freire COSTA, psicanalista e pesquisador, em ensaio intitulado *O referente da identidade homossexual*:

A invenção dos homossexuais e heterossexuais foi uma consequência inevitável das exigências feitas à mulher e ao homem pela sociedade burguesa européia. (...) Mas quando pensamos em sexo, quase nunca imaginamos que o “sexo” da divisão sexual originária só veio a existir no século XIX. No modelo médico do one-sex model¹⁹, o sexo referia-se exclusivamente aos órgãos do aparelho reprodutor. Não era algo invasivo, que perpassava e determinava o caráter, amores, sentimentos e sofrimentos morais dos indivíduos. Este sexo

absoluto, onipotente e onipresente só tornou-se teórico-culturalmente obrigatório a partir do momento em que se criou a noção da bi-sexualidade originária. Com ela, surgiu a necessidade imperativa de definir ‘um novo sexo’ com uma natureza, norma, desvios, finalidades, características, etc. (...) Desde o séc. XIX, então, o sexo ocupará o lugar da perfeição metafísica do corpo neoplatônico. Mas com outro referente. No lugar das formas essenciais, será posto o ‘instinto sexual’, mais uma das formidáveis criações ideológicas do século XIX.(...) A imperfeição, o desvio, a anormalidade, a doença, a patologia ou a perversão do instinto sexual serão buscadas na noção de degeneração. Finalmente, o que definirá a “norma do instinto” e o “desvio degenerado” será a “lei da evolução”. Com o evolucionismo, o instinto sexual e a degeneração, a ciência médica estava teoricamente armada para justificar a moderna moral sexual burguesa. A homossexualidade será, inicialmente, definida como uma perversão do instinto sexual causada pela degenerescência de seus portadores e, depois, como um atraso evolutivo ou retardamento psíquico, manifestos no funcionamento mental feminino do homem. Historicamente, junto com as histéricas, o invertido vai ser o filho bastardo da mulher-mãe e do homem-pai e o irmão patológico dos trânsfugas e viciosos da nova ordem médica familiar: velhos senis e indecentes; solteiros dissipados; crianças masturbadoras; criminosos natos; sífilíticos irresponsáveis; prostitutas masculinizadas; alcoólicos; homicidas; loucos; etc. A grande família dos degenerados instintivos estava fabricada e dela herdamos boa parte de nossas crenças sexuais civilizadas. (COSTA, 1996, pp. 86 e 87)

O heterossexismo machista, também chamado de androcentrismo, é uma herança dos descobridores, a qual suplantou a “alma feminina” dos aborígenes e primeiros habitantes das novas terras.

É Marcela Lagarde quem afirma, inclusive, que:

as formas mais relevantes do sexismo são o machismo, a misoginia e a homofobia. E uma característica comum a todas elas é que são a expressão de formas centradas no domínio masculino patriarcal. Assim, o androcentrismo se expressa no machismo como exaltação de certas características dos homens, de sua condição masculina, da masculinidade e, em particular, da virilidade: matizada mescla de agressão, força danosa e depredadora, e dominação sexual. (LAGARDE, 1996, pp.106 e ss.)

E continua Lagarde:

O androcentrismo se entrelaça e completa com a misoginia. Por trás da supervalorização dos homens e do masculino, se inferioriza e subvalora as mulheres e o feminino. A dominação patriarcal põe em condições sociais de subordinação as mulheres, e as faz invisíveis, simbólica e imaginariamente: não obstante a presença das mulheres, não são vistas ou não são identificadas nem reconhecidas algumas de suas características. (LAGARDE, 1996, pp.106 e ss.)

A homofobia se manifesta quando se considera a heterossexualidade como natural, superior e positiva, e a homossexualidade, como inferior, negativa, antinatural. As atitudes de hostilidade e violência contra as pessoas homossexuais são manifestações dessa forma de sexismo que, como as demais, legítima, justifica e torna inquestionável a sua prática.

Lagarde afirma, quanto a essa questão:

a homofobia encontra sua expressão claríssima quando nos horroriza a homossexualidade e cremos que esta é uma enfermidade ou perversão, e por isso a desqualificamos, submetemos as pessoas ao ridículo e à vergonha, as discriminamos e as agredimos. Somos pessoas homofóbicas até quando fazemos piadas inocentes e nos afastamos de maneira estereotipada das pessoas e de sua condição. Somos sexistas homofóbicos ou lesbofóbicos, sobretudo, quando nos erigimos em inquisidores sexuais e castigamos, hostilizamos e prejudicamos as pessoas por sua homossexualidade. (LAGARDE, 1996, pp.106 e ss.)

Eis que o heterossexismo machista (ou androcentrismo) e a homofobia povoam o universo dos juristas. Esparsas obras que tratam dos direitos dos homossexuais são produzidas, quicá analisadas por editoras jurídicas. Os termos “homossexual” e “homossexualidade” parecem provocar certa aversão em muitos juristas brasileiros, como se fossem uma doença contagiosa e um mal cujo nome não deve ser pronunciado. São poucos os textos e pesquisas produzidos, muitos deles de caráter mais condenatório da prática homossexual, principalmente no que tange à união afetiva entre pessoas de mesmo sexo, por exemplo.

É objeto desta pesquisa descobrir o que leva alguns juristas a analisarem o comportamento homossexual sob um ponto de vista moral arraigado a conceitos herdados pelo paradigma androcêntrico vigente, ao invés de observarem os efeitos jurídicos nascidos das relações afetivas entre pessoas de mesmo sexo ou mesmo da raiva, discriminação e preconceito de que são vítimas esses indivíduos.

Herança cultural e, por si só, herança do paradigma androcêntrico vigente, o androcentrismo e a homofobia não deveriam prevalecer tão fortemente nos espaços ocupados pelos

nossos juristas em pleno século XXI, quando se acredita que uma ética da libertação estaria sendo implantada e caminhando a passos largos com o advento da pós-modernidade.

A falta de lei não mais pode servir de justificativa para negar direitos, mas deve ser fundamento para assegurar direitos, atendendo-se à natureza do ser humano, cuja dignidade e integridade precisam ser cada vez mais preservadas dentro dos princípios constitucionais asseguradores da liberdade e da igualdade.

Não é mais possível conviver com a intolerância, com a exclusão social, devendo o juiz atentar na sua missão maior, que é de respeitar a dignidade do ser humano. Não mais se pode escudar em sua toga no ato de julgar. É preciso tirar a venda da Justiça, esquecer o aforismo de que o juiz é um homem só. Não, o juiz é um ser social, que deve julgar dentro da realidade em que vive.

Necessário que o Poder Judiciário, cuja função é fazer cumprir a Constituição Federal, não olvide o que está assegurado já em seu preâmbulo: o exercício dos direitos sociais individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

5. Ética da libertação dusseliana e paradigma androcêntrico vigente

Muitos comportamentos sociais são guiados pela influência do meio vivido e/ou por instintos inatos do corpo humano, tais como consumismo, padrões de beleza, horários das refeições, etc. Entretanto, tal situação leva a uma automação da vida humana ou uma espécie de “robotização”. Isso conduz o ser humano à escolha de opções dentro dos padrões ou modelos propostos pela sociedade.

Desde que a sociologia existe, tem-se focalizado a pressão do grupo sobre a opinião individual e os múltiplos conformismos que surgem nas sociedades. A maioria dos homens tende antes de tudo a “harmonizar-se” com seus semelhantes; raramente ousarão perturbar a concordância reinante em torno deles, ao emitir idéia contrária à idéia geral. Decorre desse fato que inúmeras opiniões não passam, na realidade, de uma soma de conformismo, e se mantêm apenas por ter o indivíduo a impressão de que sua opinião é a esposada unanimemente por todos no seu meio.

Existe um paradigma androcêntrico dominante no meio jurídico que impede muitos estudantes e operadores do Direito de vislumbrarem a homossexualidade sem preconceitos. Mergulhado nesse modelo heterossexista machista e homofóbico, o universo jurídico brasileiro caminha a passos lentos na direção dos ideais de Justiça distributiva que se espera de um Estado Democrático de Direito, em nosso caso, a saber, com relação aos direitos dos homossexuais.

Seja em faculdades, escritórios, promotorias, fóruns e tribunais, é possível testemunhar a presença da influência paradigmática do androcentrismo dominante na forte tendência cultural machista em ridicularizar e hostilizar indivíduos homossexuais. Uma atitude pouco louvável se recordarmos que aqueles que zombam são os que se comprometeram (ou irão se comprometer, no caso dos estudantes) com a materialização da justiça.

Verificando-se a presença e a influência desse modelo androcêntrico no meio jurídico, principalmente nas faculdades de Direito, observa-se a preocupação de se oferecer uma resposta condizente à problemática apresentada. Evidencia-se a necessidade de uma antítese ao paradigma vigente, a qual se apresenta na forma de um novo paradigma, no caso, a alteridade por meio da analética proposta por Dussel. Uma ação contra o paradigma vigente (tese) na busca de um novo paradigma, uma nova síntese.

É na filosofia de Enrique Dussel que se pode buscar a construção desse novo paradigma. A partir de uma ética da libertação é que se libertarão os operadores do Direito dos grillhões do paradigma e, por consequência, os próprios excluídos, no caso, os homossexuais. A libertação não será meramente ideal, mas real. Por meio de uma ética do discurso, do face-a-face entre o excluído e o grupo dominado pelo paradigma androcêntrico, é que se observará a libertação da homossexualidade da sombra desse modelo androcêntrico vigente.

Não é por acaso que se vai buscar em Dussel o novo paradigma como instrumento libertador do paradigma vigente. Dussel é um crítico da filosofia clássica europeia, sendo que desse continente se originou o heterossexismo que hoje povoa a América Latina. O fato é que, ao pensar seu continente sob o prisma da filosofia clássica, percebeu a presença de elementos opressores nos fundamentos dessa filosofia, elementos estes que impossibilitavam uma identidade entre ela e o continente latino-americano. A necessidade de uma nova filosofia, com características latino-americanas, provém da falta de identidade entre a América Latina e a filosofia clássica.

Dussel indica, em seu pensamento, o último nome como sendo o de um representante da filosofia preponderante: Martin Heidegger. Partindo-se do pensamento heideggeriano, este nos apresenta a ontologia como filosofia primeira enquanto fundamentação da metafísica: “A revelação do ser-aí é ontologia. Esta última se chama ontologia fundamental enquanto estabelece o fundamento da possibilidade da metafísica...” (HEIDEGGER, 1996, p. 195). A filosofia, assim, funda-se na ontologia, no sistema ontológico do pensamento e do conhecimento.

A filosofia da libertação dusseliana se contrapõe a essa filosofia fundada na ontologia. Partindo da condição de opressão dos povos latinos, Dussel aponta como contraditória a esses

povos uma filosofia centrada num sujeito, em um só ser, o único a possibilitar os outros (entes). É contra a totalidade necessária à unidade do ser ontológico que o filósofo argentino argumenta, em busca de um pensamento não-opressor. Utilizando-se do pensamento de Emanuel Levinas, crítico europeu de Heidegger, Euclides Mance aponta esse mesmo problema quando afirma que “ao [lhe] conferir sentidos, o Eu reduz o Outro a um terceiro que é o conceito sob o domínio do ser”. (MANCE, p. 23-30, 1994) Entendemos aqui o “Eu” como o ser.

Dentro da perspectiva do sentido do ser-no-mundo, do ser heideggeriano – que é expressão do ser segundo a filosofia europeia – não há lugar para outro ser, para um sujeito a mais. O “outro”, ao relacionar-se com o ser ontológico é objetivado, isto é, torna-se objeto do sentido do ser, potencial objeto do conhecimento do ser, mas sempre objeto de um ser. É isso que afirma Mance quando diz, na citação acima, que o Eu dá sentido ao Outro, tornando-o “outro” ou objeto de si-mesmo. O ser, nessa condição ontológica, é uno dentro do mundo constituído por sua totalidade, e ela, por sua vez, confina o ser, isolando-o em si-mesmo.

Em seu pensamento, Dussel já afirma, categoricamente, que “como totalidade espacial, o mundo sempre situa o eu, o homem ou o sujeito como centro; a partir de tal centro se organizam espacialmente os entes desde os mais próximos e com maior sentido até os mais distantes e com menor sentido” (DUSSEL, 1976, p. 30). Utilizando essa mesma terminologia, vale ressaltar que há um ser: os demais são entes.

Por isso, Dussel não reconhece na filosofia europeia o caminho para a libertação dos povos oprimidos. É o que chama de “filosofia preponderante”, como ele mesmo escreve:

Eles são a pré-história da filosofia latino-americana e o antecedente imediato de nosso pensar latino-americano. Não podíamos contar nem com o pensar europeu preponderante (de Kant, Hegel ou Heidegger), porque nos incluem como “objeto” ou “coisa” em seu mundo; não podíamos partir daqueles que os imitaram na América Latina, porque é filosofia inautêntica. Tampouco podíamos partir dos imitadores latino-americanos dos críticos de Hegel, porque igualmente eram inautênticos. Os únicos críticos reais do pensar dominador europeu foram os autênticos críticos europeus acima nomeados, ou os movimentos históricos de libertação na América Latina, África ou Ásia. (DUSSEL, 1986, p. 190)

Dussel propõe a analética como forma de libertação do oprimido. A passagem da totalidade a um novo momento de si mesma é sempre dia-lética. A verdadeira dialética parte do diálogo do outro e não do “pensador solitário consigo mesmo”. A verdadeira dia-lética tem um ponto de apoio ana-lético (é um

movimento ana-dia-lético); enquanto a falsa, a dominadora e imoral dialética é simplesmente um movimento conquistador: dia-lético.

O filósofo fala na crise do sistema ontológico por conta de sua negatividade quanto à presença de mais-que-um ser dentro de sua totalidade: através da dialética, tudo deveria se reduzir a ôntica, a entes, cuja dedução é possível a partir do ser, mas o rosto ôntico do outro não é passível de dedução. Essa impossibilidade, segundo Dussel, constitui um quarto momento do movimento que agora é ana-dia-lético, ao ponto que exige a substituição da ontologia diante de sua incapacidade de atender à continuidade natural desse movimento.

Eis aí uma possibilidade de se caminhar para além da totalidade vigente, onde é possível ver o “rosto do outro”, mas não se pode reduzi-lo a um ser ontológico. Dussel afirma que, empunhando (e superando) as críticas européias a Hegel e Heidegger, e escutando a palavra provocante do outro, que é o latino-americano oprimido na totalidade, pode nascer a filosofia latino-americana que será, analogicamente, africana e asiática.

Dussel nos fala com maior profundidade acerca desse “rosto” que emerge diante da totalidade:

“O oprimido, o torturado, o que vê ser destruída sua carne sofredora, todos eles simplesmente gritam, clamando por justiça:

– Tenho fome! Não me mates! Tem compaixão de mim! – é o que exclamam esses infelizes.

[...] Estamos na presença do escravo que nasceu escravo e que nem sabe que é uma pessoa. Ele simplesmente grita. O grito – enquanto ruído, rugido, clamor, protopalavra ainda não articulada, interpretada de acordo com o seu sentido apenas por quem “tem ouvidos para ouvir” – indica simplesmente que alguém está sofrendo e que do íntimo de sua dor nos lança um grito, um pranto, uma súplica. É a “interpelação primitiva” (DUSSEL, Enrique.

Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão. São Paulo: Paulus, 1995, p. 19.)

O “outro” é um ser vivo próximo de nós, que pode ser um sujeito de direitos fundamentais, como a criança faminta, o índio explorado, o idoso esquecido, o negro marginalizado, o homossexual discriminado. O “outro” é um ser vivo que está ao nosso lado. Dussel refere-se “à mulher camponesa e proletária que suporta o uxoricídio. À juventude do mundo inteiro que se rebela contra o filicídio. Aos anciãos sepultados vivos nos asilos pela sociedade de consumo” (DUSSEL, 1976, p. 5).

O “outro” grita porque se encontra à margem da sociedade (totalidade) e por ser agredido quando tratado como não-ser.

Eis que o “outro” irrompe diante da totalidade e encontra

aí a possibilidade de liberdade. Este “outro” não é uma coisa (ente), pois possui um rosto e possui a palavra, o poder de gritar, que acaba por incomodar provocando. Aceitando essa pro-vocação é que a totalidade chega até o “outro”.

A ética dominante impõe padrões para o comportamento pessoal e social que negam, à maioria das pessoas, a realização de sua liberdade, seja dificultando o desabrochar de sua condição feminina, negra, indígena, infantil e, no presente estudo, homossexual.

A totalidade dominante, aquela que impõe a sua hegemonia, é o paradigma androcêntrico a ser contraposto. Eis que a comunidade das vítimas, irrompendo diante da totalidade, não como coisa, mas como um rosto, lança seu grito de liberdade. Do pensamento racionalista de Descartes (Eu penso) se evolui para uma filosofia do discurso (Eu falo e existo).

O discurso que Dussel pretende é a proximidade. Essa é uma categoria do face-a-face: entre filho(a) e mãe na amamentação; homem e mulher no relacionamento amoroso; ombro-a-ombro dos irmãos. Nessas categorias exemplifica-se a proximidade, a essência do homem, sua plenitude. Nesse relacionamento, o outro sempre precisa ser respeitado como outro, distinto, diferente.

Este face-a-face é uma das categorias mais importantes do pensamento de Dussel. Isso significa a proximidade, sem mediação, o aceitar o “outro” como “outro”, expor-se frente a frente com o “outro” numa relação de autenticidade. O face-a-face é o encontro de uma “totalidade aberta” e da alteridade que se revela. São dois pólos abertos em comunicação um com o outro. Esse “outro” permanece sendo distinto, diferente, não passível de compreensão pela totalidade dominante por meio dos juízos prévios desta, mas sim uma compreensão que se realiza por meio da observação atenta ao “mundo” do “outro”, sem pré-julgamentos. Não se pode negar a realidade empírica da existência da “comunidade das vítimas” (os excluídos) e sua negação, uma realidade do efeito perverso da ordem mundial vigente (FONSECA, 2004, p. 312).

Para Rodrigo da Cunha Pereira, “um dos principais critérios de expropriação da cidadania sempre foi o de desconsiderar o ‘diferente’. Em outras palavras, aquilo que não conheço, não domino ou não faz parte do meu universo é mais cômodo ignorar ou repelir, pois assim não estarei ameaçado” (PEREIRA, 2001, p. 108).

Uma vez que foram excluídas, as vítimas se reconhecem como sujeitos éticos, como o “outro” enquanto “outro” que foi negado pelo sistema dominante.

Nas palavras de Dussel:

(...) a comunidade se deverá dedicar a: 1. ‘interpretar’, ‘compreender’ ou ‘explicar’ as ‘causas’ materiais, formais ou instrumentais da ‘negatividade’ dessas vítimas, e 2. ‘desenvolver’ criticamente as alternativas materiais, formais e instrumentais ‘positivas’ da utopia e projeto

possíveis” (DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 469).

Trata-se de um processo “comunitário” praticado pela própria vítima enquanto comunidade excluída por um sistema opressor, do sujeito histórico-social, do próprio povo oprimido excluído.

Hans Kelsen comenta a respeito do estigma social daquele que é diferente e considerado “anormal”:

A consciência de ‘ser diferente dos outros’ compele a um doloroso isolamento e, assim, já de início, a uma certa oposição hostil à sociedade que não compreende essa singularidade e que não apenas despreza essa feição particular do Eros, como também submete suas manifestações à punição pelo Estado (KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Tradução de: Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 65).

O oprimido toma consciência da exclusão da qual é vítima e, imediatamente, percebe a extensão de sua injustiça. É o início do processo de conscientização, em que a vítima deixa de acreditar na “boa vontade” ou na “beatitude” do sistema vigente, o qual deixa de ser uma esperança para se transformar numa “realidade nua e crua”. O excluído se torna um cético do sistema que acreditava ser sua esperança para uma vida melhor, observando-o a partir de então como um sistema sem qualquer legitimidade. O sistema perde seu valor e surge a possibilidade de um novo consenso: vislumbrar a necessidade positiva de uma nova validade. Segundo Dussel: “a comunidade, a intersubjetividade crítica das vítimas começa a imaginar a utopia. É uma imaginação transcendental ao sistema: se o “atual” não permite que se viva, é preciso imaginar um mundo onde seja possível viver” (DUSSEL, 2000, p. 476).

As vítimas, então, passam a imaginar novos procedimentos para a transformação de seu momento. Buscar um consenso na criação de novas formas alternativas de democracia embasadas numa nova validade, uma nova democracia-crítica, não uma mera negação da democracia vigente, mas uma nova democracia. Esse novo momento é o espaço ideal para o nascimento de movimentos sociais e de uma nova consciência crítica. A comunidade das vítimas é a mesma que une a vítima ao carrasco. Mas este é que o ignora.

É proveitoso neste momento citar o pensamento de Ana Carla Harmatiuk Matos, em sua tese de doutorado, sobre a questão da negação dos direitos aos homossexuais:

[...] a negação dos direitos aos homossexuais se traduz na exclusão do reconhecimento do outro, ou seja, da sua alteridade. Por isso, mostra-se fundamental, nessa caminhada pelos direitos dos homossexuais,

a reconstrução do sistema violado a partir dos seus valores essenciais. Se, numa perspectiva, as discussões referentes a outros temas em que estão presentes a discriminação apresentam um viés comum, por outro lado, na questão da visibilidade, aparecem as diferenças. Há aquela união própria de quem não se conforma com uma dada realidade e busca o senso de justiça para as transformações necessárias (MATOS, 2003 f. 57. Tese).

Essas transformações necessárias não podem, simplesmente, ser esperadas do sujeito excludente, uma vez que sua tolerância não é positiva. Kaufmann alerta para o fato de o excludente ver no excluído um sujeito que age em erro ou, seguindo o raciocínio deste trabalho dissertativo, o indivíduo heterossexual que cultiva a intolerância pelo homossexual enxerga neste alguém que se encontra fora do paradigma dominante. O “outro” age em “erro”, em contrariedade aos padrões, e o dominante procura enfraquecê-lo e neutralizá-lo de maneira que sua forma de ser e agir seja anulada:

Se o erro do outro é uma contrariedade, um ilícito, um mal, então a tolerância não consiste na discussão respeitosa com ele, mas simplesmente num ‘deixar viver’, sempre na esperança de, pela prova quotidianamente produzida da sua própria força e superioridade, convencer o outro da sua impotência, levando-o a abandonar, sem luta, a sua posição e eliminando-o, assim, como inimigo. (KAUFMANN, 2004, p. 488).

Kaufmann também ressalva que a totalidade tende a se manter fechada para o “outro”, pois este constitui uma ameaça aos padrões estabelecidos, devendo o grupo dominante lutar ao invés de tolerar: “O ideal é indubitavelmente a sociedade ‘fechada’, unida em torno de uma única crença, é a ortodoxia, e, pelo menos em princípio, a reação legítima contra a heresia não é a tolerância, mas a luta” (KAUFMANN, 2004, p. 488).

A tolerância sofre a resistência da maioria dominante, uma verdadeira “tiranía” que procura salvaguardar as desigualdades entre os homens de forma que a minoria não seja incluída.

Além disso, quando se fala em tolerância não se deve confundir-la com aceitação, pois esta última não reflete o real sentido de “tolerar”, que é compreender o “outro” sem reservas. Aceitar nem sempre significa compreender o “outro”, mas sim um mero suportar. A mera aceitação é uma resignação que, segundo Kaufmann, não reconhece o “outro” – “da atitude de mera resignação resulta a típica arrogância do tolerante: é ele que está na posse da verdade, o outro está em erro, mas ele é generoso e suporta o outro” (KAUFMANN, 2004, p. 488).

A tolerância é um agir ativo e não somente um sofrer ou

suportar passivo.

Nenhum indivíduo é detentor da verdade e tampouco deve ditar sua percepção de mundo como sendo a única aceitável e verdadeira. Tanto o indivíduo heterossexual quanto o indivíduo homossexual possuem histórias de vida e não é sua orientação sexual o fator diferenciador de ambos. A tolerância deve ser real “entre os diferentes, porém iguais”.

Na questão homossexual, o intolerante não aceita o diferente. É incapaz de assimilar a complexidade do mundo em que vive, pois não exercita a abertura para a pluralidade social. Não suporta aquilo que vai contra seu juízo previamente definido e o qual não tem a menor intenção de questionar, rever ou levar em consideração a opinião ou visão de outros. É Kaufmann quem, sabiamente, define o intolerante e sua recusa em rever seus conceitos enraizados:

Ele [o intolerante] recusa novas informações, na medida em que não as possa integrar no seu cicatrizado sistema. Ele, basicamente, não aprende para além disso. Ele erige, no meio do grande mundo aberto, o seu pequeno mundo fechado. Mas ele vê e sente que está excluído da diversidade e que não dispõe de mecanismo para lidar com o mundo complexo. Isso o inquieta e o torna inseguro. E por força dessa insegurança e inquietude ele reage agressivamente: faz tudo para que os outros abandonem a sua posição, pois não a suporta e muito menos a pode assimilar” (KAUFMANN, 2004, p. 504).

Diferentemente, o tolerante sempre está aberto ao novo. Naquilo que envolve a sexualidade, o tolerante vê no “outro” com orientação sexual diversa da sua uma outra forma de manifestação natural da expressão humana. Ao invés de se fechar num mundo impenetrável, o tolerante procura aprender e apreender com as diversas formas de expressão do ser humano, bem como ter consciência de que novas interpretações sobre o mundo são necessárias. Para o tolerante, essas interpretações transformam-se juntamente com a sociedade, não sendo por isso terminantes e absolutas. E “ao assimilar a complexidade, torna mais humano o mundo em que vivemos” (KAUFMANN, 2004, p. 504).

A capacidade de tolerar envolve inclusão, o consenso de que o “outro” existe e justamente por existir é que deve ser tolerado. Talvez não seja possível amá-lo, como preconizam os ensinamentos cristãos, mas é possível se comunicar com ele, saber ouvi-lo, aceitá-lo sem condições e levá-lo em consideração como sujeito existente.

Kaufmann encerra sua obra com um imperativo categórico da tolerância: “age de tal modo que as conseqüências da tua acção sejam concordantes com a máxima prevenção ou diminuição da miséria humana” (KAUFMANN, 2004, p. 509).

A tolerância liberta, pois o indivíduo que a exercita se

livra dos grilhões que ele próprio forjou para si.

Tolerar, reconhecer e compreender o homossexual como integrante de uma comunidade que ainda não foi abraçada pela totalidade – eis o desafio dos indivíduos que não conseguem enxergar no “diferente” uma extensão de si mesmo por pertencerem à mesma espécie: a humana.

A alteridade, isto é, a capacidade de conviver com o diferente, de se lançar um olhar interior a partir das diferenças deve ser cada vez mais estimulada para que a homossexualidade perca seu estigma de algo nocivo. A alteridade significa que o “outro” é reconhecido também como sujeito de iguais direitos e, nesse caso, o homossexual deve ser tutelado pelo Direito de maneira ampla e irrestrita.

Essa alteridade, porém, deve vencer o paradigma vigente: o androcentrismo.

O novo paradigma emergente, que irrompe diante da totalidade, deve se manifestar por meio de políticas diferenciadas nas faculdades de Direito do país e mesmo junto aos diversos setores do Poder Judiciário. O androcentrismo dominante deve ser confrontado com a alteridade, isto é, levar até os acadêmicos dos cursos de Direito e dos operadores do Direito o “rosto” do homossexual excluído, com o fundamental propósito de promover o re-conhecimento do “outro” pelo “mesmo”, configurando a analética dusseliana.

É na noção do paradigma dominante que vamos buscar a construção do novo paradigma, promovendo a proximidade proposta por Dussel por intermédio de uma política diferenciada nos cursos de Direito e nos ambientes dos tribunais, promotorias de justiça, delegacias e onde mais quer que o Direito exista para ser exercido, respeitado e oferecido, visando, principalmente, a confrontar o novo paradigma com o heterossexismo machista dominante.

Uma alteração dos currículos acadêmicos que permita o face-a-face entre a totalidade (acadêmicos de Direito) e as vítimas (homossexuais) seria o primeiro passo para a construção do novo paradigma. Promover palestras, cursos de atualização, publicidade, congressos e pontos de encontro que promovam o face-a-face entre o “outro” e o “mesmo”. Eis que o “outro” irrompe diante da totalidade.

Por meio do contato com a legislação, a família, os órgãos estatais, mas principalmente por meio da educação é que se adquirem hábitos e conceitos. Para Durkheim, a escola é a mais importante e poderosa instituição capaz de preparar as crianças e jovens para a sociedade, impondo-lhes o comportamento mais correto e a visão da consciência coletiva. É na escola que as crianças aprendem que se deve negar a vontade pessoal e sacrificar-se em função do todo social; que terão uma função a cumprir na sociedade, e que para complementarem-se terão de se relacionar

com os seus semelhantes. Ou seja, a escola deve internalizar a sociedade no indivíduo, impor-lhe padrões de conduta que o impeçam de seguir suas próprias tendências e regras que possam quebrar a coesão social. Cabe à escola, portanto, preparar as futuras gerações a seguir a moral social mais correta e aceita, sabendo que a sua transgressão e contestação implica em punições:

Toda a educação consiste num esforço contínuo para impor às crianças maneiras de ver, sentir e agir às quais elas não chegariam espontaneamente (...) a pressão de todos os instantes que sofre a criança é a própria pressão do meio social tendendo a moldá-la à sua imagem, pressão que tanto os pais quanto os mestres não são senão representantes e intermediários (DURKHEIM, 1983, p. 5).

Existe um “senso comum totalizador” mencionado por Sérgio Rodrigo Martinez, conforme sua obra Manual de Educação Jurídica:

[...] desde a criação dos primeiros cursos de Direito no território nacional e, quiçá, mesmo antes pela influência da escola coimbrã no modelo brasileiro, foi, aos poucos, cristalizando-se um paradigma, de maneira uniforme e regular, sobre a práxis acadêmica. Esse paradigma demonstra-se como um senso comum totalizador, que acarreta, conforme a análise das evidências descritas anteriormente (capítulo primeiro), nos dias atuais, maiores efeitos nocivos do que positivos no meio social. Esse quadro é agravado na questão do ensino jurídico brasileiro, em vista de sua participação na formação da ideologia liberal, construída de forma hegemônica no Brasil, a partir do século XIX. Daí se afirmar a existência de um modelo cristalizado de ensino retro alimentador do *status quo* social dominante, cuja perpetuação, por quase dois séculos, permite constatar um conjunto uniforme e regular das práticas liberais deixadas” (MARTINEZ, 2003, p. 130).

Esse “senso comum totalizador”, em nossa tese, é o chamado androcêntrico ou heterossexismo machista vigente, o paradigma vigente diante do qual deve se apresentar o novo paradigma emergente nascido do face-a-face entre o “mesmo” e o “outro”, na visão dusseliana.

Dessa forma, pretende-se demonstrar que, com a implementação de novas políticas renovadoras dos cursos de Direito e dos diversos setores do Poder Judiciário, incluindo-se nos currículos acadêmicos disciplinas teóricas e práticas que promovam o encontro (face-a-face) entre a hegemonia heterossexista (acadêmicos de Direito) e a comunidade excluída

(homossexuais), bem como o encontro “real” entre magistrados, promotores e demais operadores do Direito com as “vítimas”, é que finalmente se dará a analética dusseliana onde o “outro” deixa de ser “coisa” para tornar-se “alguém”.

Entretanto, nem todo o corpo acadêmico de estudantes de Direito, por exemplo, compõe a hegemonia heterossexista machista dominante, daí porque a necessidade de diferenciação entre os que configuram o paradigma androcêntrico vigente e aqueles que não pertencem ao denominado “senso comum”. Aqueles “libertos” da influência do paradigma dominante já se encontram sob a influência tímida do emergente paradigma libertador, uma vez que esses indivíduos já possuem as características primordiais para irromper diante do paradigma androcêntrico vigente: não-machismo, não-androcêntrico, não-excludente, não-opressor, não-discriminatório, não-homofóbico. É no novo paradigma emergente que se pretende buscar o amálgama capaz de se contrapor ao paradigma androcêntrico dominante, uma vez que são inúmeros os estudantes do corpo acadêmico dos cursos de Direito que se encontram libertos da influência nociva do paradigma androcêntrico dominante.

Relembrando a alegoria da caverna platônica, os indivíduos que já se encontram influenciados pelo novo paradigma emergente são aqueles que se libertaram dos grilhões, abandonaram a caverna, conheceram a “verdade” e voltaram para libertar os que ainda se encontram presos na caverna (dominados pelo paradigma vigente).

A partir do pensamento de Enrique Dussel é que se reforçarão as bases do novo paradigma emergente, de forma que ocorra a analética possível: a proximidade, o face-a-face, o re-conhecimento do “outro” pela totalidade dominante.

Este re-conhecimento não somente formará novos operadores do Direito, mas promoverá a renovação da natureza acadêmica e operacional, desconstruindo o modelo androcêntrico cunhado pelos descobridores e também o paradigma liberal herdado pelo ensino jurídico brasileiro.

Novos advogados, novos promotores, novos magistrados, novos operadores da Justiça. Não significando “novos” no sentido da conclusão de uma etapa emancipatória, como a conclusão de um curso ou etapas de um concurso. “Novo” no sentido de renovação, a construção de um novo modelo emancipatório das vítimas homossexuais excluídas.

6. Conclusão

Como docente do curso de Direito em várias faculdades, o autor deste trabalho teve a oportunidade de observar a presença da homofobia, da aversão e discriminação por parte de inúmeros acadêmicos com relação à homossexualidade.

Essa aversão caracteriza-se pela existência de um

paradigma androcêntrico dominante trazido pelos descobridores europeus e ora presente no meio social, a saber, em nosso caso, nos cursos de Direito e entre os próprios operadores do Direito, bem como aponta meios para a construção de um novo paradigma baseado na filosofia e ética de Enrique Dussel que venha a construir um novo modelo de práxis libertadora dos homossexuais oprimidos.

É possível perceber a existência de um paradigma androcêntrico dominante presente no “senso comum” da cultura brasileira, herança da cultura européia trazida pelos descobridores, e que se implantou em todas as camadas sociais e culturais do povo brasileiro, a saber, em nosso estudo, nos cursos de Direito e que se estende ao Poder Judiciário.

Esse mesmo paradigma se faz presente nos cursos jurídicos brasileiros pela homofobia, o que acaba produzindo operadores do Direito influenciados pelo androcentrismo vigente.

A presença nociva desse paradigma androcêntrico, nos moldes do estudo da ética da libertação de Enrique Dussel, produz profissionais influenciados pela hegemonia vigente – o sexismo, androcentrismo, heterossexualismo machista – que, além de subjugar e desvalorizar o universo feminino, exclui os homossexuais do rol de titulares de direitos, ferindo o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

O paradigma androcêntrico vigente deverá ser substituído por um novo paradigma emergente, o qual será instituído por meio de uma nova práxis político-cultural nos cursos de Direito e ambientes do Poder Judiciário, de maneira a garantir a formação de profissionais voltados para os verdadeiros ideais de justiça, livres de estigmas, preconceitos e pré-julgamentos.

Pela Ética da Libertação, proposta pelo filósofo Enrique Dussel, é que se construirá o novo paradigma emergente, que podemos batizar de novo paradigma libertador, pois o mesmo propõe uma ética latino-americana como forma de libertar o povo oprimido da dominação excludente vigente trazida pelos descobridores influenciados pelo pensamento clássico europeu.

O novo paradigma emergente já se encontra presente, ainda que de forma tímida, no ambiente dos cursos jurídicos brasileiros, por docentes e discentes preocupados com a exclusão homossexual, mas que ainda são uma minoria diante da dominação promovida pelo paradigma vigente androcêntrico.

Por meio da Ética da Libertação, deverá se promover um face-a-face, um re-encontro do “mesmo” com o “outro”, de forma que o novo paradigma libertador (antítese) seja o re-construtor de um novo paradigma, no qual o androcentrismo perderia seu poder dominador e sua hegemonia, libertando os homossexuais oprimidos e marginalizados.

Devem-se buscar alternativas políticas e sociais que

visem a promover a construção e afirmação do novo paradigma emergente nos cursos de Direito e ambientes do Poder Judiciário, ora dominados pelo paradigma androcêntrico.

Despertar nos acadêmicos de Direito o senso crítico e também a própria consciência da existência desse paradigma é o primeiro passo dos docentes preocupados com a formação dos futuros profissionais. Somente pela educação e pela conscientização é que se libertarão aqueles estudantes ainda cegos pelo véu da ignorância e pela trave do preconceito. Nosso Judiciário encontra-se atolado de processos nos quais homossexuais exigem que seus direitos sejam respeitados e profissionais preconceituosos são, no mínimo, dispensáveis num país com tanta desigualdade social, mas, principalmente, com alto número de casos de discriminação.

Que a luz brilhe nas mentes de todos que se encontram aprisionados à caverna da ilusão do preconceito.

7. Referências

- BYINGTON, C. A. B. **Pedagogia simbólica**: a construção amorosa do conhecimento do ser. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 1996.
- COSTA, J. F. O referente da identidade homossexual. In.: PARKER, R.; BARBOSA, R. M. (Orgs.). **Sexualidades brasileiras**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: ABIA: IMS/UERJ, 1996.
- CRUZ, P. M. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.
- DIAS, M. B. D. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- DURKHEIM, É. A função da divisão social do trabalho [Capítulo 1: Método para determinar essa função]. In: **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- _____. **Educação e sociologia**. 5. ed. São Paulo: Melhoramentos, [19--].
- DUSSEL, E. D. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.
- _____. **Filosofia da libertação**. São Paulo/Piracicaba: Loyola/Unimep, 1976.
- _____. **Filosofia da libertação**: crítica à ideologia da exclusão. São Paulo: Paulus, 1995.
- _____. **Método para uma filosofia da libertação**. São Paulo: Loyola, 1986.
- FACHIN, L. E. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo**, RT 732/48.

- FONSECA, R. M. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel. In: _____. (Org.). **Repensando a teoria do estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GÖSMANN, E. et al. Tradução De: Carlos Almeida Pereira. **Dicionário de teologia feminista**. Petrópolis: Vozes, 1996.
- GÚZMAN, L.; PACHECO, G. (Org.). **Estudios básicos de derechos humanos IV**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.
- HEIDEGGER, M. **Kant y el problema de la metafísica**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- KAUFMANN, A. **Filosofia do direito**. Tradução do original alemão intitulado Rechtsphilosophie. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- KELSEN, H. **A ilusão da justiça**. Tradução de: Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MANCE, E. A. Emmanuel Levinas e a alteridade. **Revista Filosofia**, Curitiba, v. 7, n. 8, 1994.
- MARITAIN, J. **A filosofia moral**. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1964.
- MARTINEZ, S. R. **Manual de educação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2003.
- MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- MATOS, A. C. H. **Iguais, mas diferentes: efeitos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo**. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná. 2003.
- NUNES, L. A. R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVERIA, R. M. R. de. **Sexismo, misoginia, machismo, homofobia: reflexões sobre o androcentrismo no ensino jurídico**. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/publicacoes/critica/20/O.pdf>> Acesso em: 1 mar. 2006.
- PEREIRA, R. da C. **A sexualidade vista pelos tribunais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RIOS, R. R. **Direitos humanos, homossexualidade e uniões homossexuais**. Porto Alegre: Themis, 1998.
- RIOS, R. R. R. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SOUZA, F. L. de et al.; Orgs. Célio Golin. **A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência**. Porto Alegre: Sulina, 2003.
- SPENCER, C. **Homossexualidade: uma história**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- Wikipédia. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Paradigma>> Acesso em: 28 fev. 2006.

Artigo 07

Responsabilidade Social do Jurista e Ensino Jurídico: um Breve Diálogo entre o Direito e a Pedagogia¹

de Rosalice Fidalgo Pinheiro²

1. Direito Privado em transformação e atividade do jurista. 1.1. Bases do direito codificado. 1.2. Novo cenário do direito privado: fragmentação e reunificação constitucional. 2. função social do jurista e pensamento jurídico moderno. 2.1. Formalismo e finalismo: construção e ruptura do pensamento moldado pelo positivismo jurídico. 2.2. Funções do jurista na sociedade liberal e no intervencionismo. 3. Pedagogia e Direito: um encontro para proporcionar reflexão crítica. 3.1. Ensino jurídico e constatação de sua crise. 3.2. Por uma “Pedagogia do ser”. 4. Ensino de reflexão crítica do Direito Civil. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO: O rompimento com as categorias jurídicas, construídas pelo Direito Privado Moderno, leva-nos a questionar a suficiência das formas de racionalidade herdadas do século XIX, com as quais o jurista ainda continua a operar. Para tanto, o presente trabalho realiza um breve diálogo entre o Direito e a Pedagogia, suscitando as possibilidades do ensino jurídico formar juristas capazes de atuar na transformação da sociedade.

Palavras-chave: jurista; ensino jurídico; direito privado; pedagogia.

1. Direito Privado em transformação e atividade do jurista

A responsabilidade social do jurista³ delinea-se num cenário jurídico que se mostra em “crise”, a todo tempo e em todo lugar. No entanto, o sentido dessa “crise” subsistiu pelas palavras de Eliseu Figueira como “[...] o encerramento de um ciclo histórico para o qual o homem, no seu poder criativo, forjou um sistema jurídico adequado ao funcionamento da sociedade, no qual uma classe ascendente de comerciantes e pequenos industriais se opusera a um regime de classes privilegiadas, reclamando liberdade e igualdade e direitos”⁴.

Trata-se, portanto, da ruptura com o modelo jurídico construído pela civilística clássica, na passagem de uma sociedade feudal para uma sociedade capitalista, construída sob os contornos do formalismo e do conceitualismo, hoje insuficientes para dar respostas às questões que lhe são apresentadas num contexto de transformação social.

É nesse momento que a presente reflexão nos transporta para a atividade dos operadores jurídicos, cogitando-se um problema metodológico. Trata-se de questionar as formas de racionalidades herdadas do século XIX, com as quais o jurista

de hoje continua a trabalhar e depositar, no ensino jurídico, as esperanças de superação dessa realidade⁵.

1.1 Bases do direito codificado

O vértice desse ciclo histórico, que ora se encerra sob a forma de uma “crise”, encontra-se na ruptura com o modo de produção feudal e a construção de um sistema jurídico conformado a um novo contexto econômico, social e político, caracterizando a “passagem a uma forma superior de sociedade”⁶.

Em meio aos vínculos pessoais de vassalagem e senhorio na sociedade feudal, os indivíduos encontravam-se presos a um regime de incapacidades legais,⁷ que aprisionavam sua personalidade. Com vistas a romper com essa idéia, o movimento revolucionário de 1789 vai favorecer os indivíduos de uma igualdade perante a lei, e de liberdade perante os grupos e corporações. Trata-se de dotar a todos da capacidade de participar das mais variadas relações econômicas, realizadas sob as vestes do contrato, assentado nas premissas da liberdade de contratar e da igualdade formal, que perfaziam o modelo de justiça contratual.

¹Este artigo foi resultado de pesquisas realizadas no grupo de pesquisa **Virada de Copérnico**, junto à UFPR e publicado em: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Org.) et al. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil na Unibrasil e nas Faculdades Integradas Curitiba. Professora do Curso de Especialização em Direito Constitucional na Unibrasil e do Curso de Especialização em Direito Civil e Empresarial na PUC-Pr. Professora pesquisadora do NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da Unibrasil. Pesquisadora do Núcleo de Estudos de Direito Civil do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Endereço eletrônico: rosalice@netpar.com.br.

³Trata-se do jurista, aqui tomado como aquele que opera diariamente com o Direito, seja ele advogado, juiz, professor ou pesquisador, atuando nos mais diversos setores da vida jurídica.

⁴**Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Editorial Caminho, 1989, p. 17.

⁵Eis a crença no ensino jurídico, já manifestada pelo professor Luiz Edson Fachin: “*Esa perspectiva funda una opinión, no siempre inmóvil, en la educación jurídica, distante de un adiestramiento dogmático embalsamado por la exégesis estricta del derecho instituido, dirigida hacia los hechos sociales, colindantes a la vida y a las circunstancias.*” **El jurista del mañana y el derecho privado**, p. 425-426.

⁶ROPPO, Enzo. **O contrato**. Lisboa, 1994, p. 37.

⁷ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 36.

Nesse contexto, o contrato foi consagrado nas codificações do século XIX, em seu papel instrumental em relação à propriedade, o que propiciaria a transmissão desta última, das classes vencidas para as classes vencedoras.⁸ Eis os institutos-chaves para o funcionamento da sociedade liberal, moldados pelos quadros do individualismo e do voluntarismo jurídico, nas grandes codificações privadas do século XIX.

Nesse momento, o Direito despe-se do pluralismo jurídico prevalecente na Idade Média, sob a forma de uma diversidade de ordens jurídicas aplicáveis a cada classe de indivíduos, para submeter-se a um monismo jurídico, assentado em um único estatuto, aplicável a todos os sujeitos, representado pela unificação do direito nacional sob a forma da codificação.

Assim, no alvorecer da modernidade, promulgam-se códigos por toda a Europa, cumprindo-se com um papel de unificação, não apenas jurídica, mas ainda política, atuando na consolidação de um poder estatal unificado, agora sob as vestes do Estado de Direito liberal, o qual deveria se abster de intervir em toda a atividade privada, deixando que ela se conformasse com o livre jogo das vontades individuais.

Por isso, os “códigos jursnaturalistas foram actos de transformação revolucionária”,⁹ trazendo consigo a concretização dos anseios de uma burguesia inspirada na filosofia Iluminista, com vistas à criação de uma sociedade livre e igualitária, valores conquistados pela Revolução Francesa e, posteriormente, cristalizados no Código Civil francês de 1804. A liberdade perante o Estado, a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, a garantia do direito de propriedade como atributo da personalidade são os princípios revolucionários assumidos por esses códigos¹⁰.

A construção desse direito codificado estruturou-se sob os moldes do racionalismo e de um modelo de raciocínio lógico-sistemático, cuja maior expressão encontrou-se no BGB alemão de 1900, sob a égide de conceitos abstratos por influência da pandectística. Isso representa a outorga de um caráter próprio ao raciocínio jurídico, assentado sob as bases do positivismo científico¹¹.

A recepção desse mundo de Direito Privado ocorreu entre nós em oposição ao estatuto das ordenações, que mantinha viva, em nosso país “uma presença da Idade Média nos tempos modernos”¹². Em descompasso com a realidade econômico-social de um país colonial, o Código Civil de 1916 acolheu aqueles princípios, antes mencionados, sob a melhor forma de

uma “biografia humana”, a “história do homem em ação – de um ponto de vista sistemático anti-humanista”,¹³ na qual se ajustaram o contrato, a propriedade e a família, revelando-se como “[...] obra de homens da classe média, que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preocupação de dar ao país um sistema de normas de Direito Privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção”¹⁴.

1.2. Novo cenário do direito privado: fragmentação e reunificação constitucional

Na passagem do medievo para o moderno, a distância que se produziu entre Direito e realidade, sob o signo da codificação, gerou uma contradição, assim descrita pela professora Carmem Lucia Silveira Ramos:

[...] preocupado em eliminar as discriminações pessoais características do medievo e do período do absolutismo monárquico, o Estado de Direito liberal ignorou as desigualdades econômicas e sociais, considerando todos os indivíduos formalmente iguais perante a lei, parificação esta que só acentuou a concentração do poder econômico capitalista, aumentando o desnível social cada vez mais, na esteira do desenvolvimento tecnológico e produtivo.¹⁵

Nesse contexto, as transformações operadas pela sociedade industrializada e o processo de urbanização conjugam-se com a insuficiência do Direito codificado diante de novas questões que lhe são apresentadas. Assim, a realidade desmente o Direito, ameaçando ruir com as categorias que estão na base da civilística clássica.

As transformações geradas pelo processo de industrialização e urbanização mudaram completamente a face da família, de uma concepção transpessoal para uma concepção eudemonista.

As inovações tecnológicas advindas à sociedade de consumo causaram a desmaterialização da riqueza, resultando em novas formas de titularidades e jogando o modelo de propriedade imobiliária, assentada no indivíduo, para segundo plano¹⁶.

Do mesmo modo, as funções do contrato se diversificaram, pois de instrumento de transmissão de riquezas ele assumiu o papel de constituição de titularidades, com maior grau de importância na organização econômica empresarial¹⁷.

⁸*Ibidem*, p. 45.

⁹WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 367.

¹⁰AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. In: **O direito**, ano 126, v. I-II, 1994, p. 71.

¹¹GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 3.

¹²GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Bahia: Editora da Universidade da Bahia, p. 9.

¹³CARVALHO, Orlando de. **Para uma teoria da relação jurídica**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1., p. 32.

¹⁴GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**, p. 47-48.

¹⁵A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 6.

¹⁶Cf. ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 63 e seguintes.

¹⁷Cf. ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 66 e seguintes.

Nesse contexto, o solidarismo nascente, já em fins do século XIX, orienta tais transformações. Eis o princípio da função social que inunda os institutos de Direito Privado, conformando sua face individualista às novas exigências da sociedade e do mercado, fenômeno que, em razão do papel central atribuído à propriedade nos códigos modernos, propaga-se desta para o contrato e para a família, funcionalizando a própria autonomia privada¹⁸.

Nesse momento, o Direito abre-se para valores deixados à margem pelo Estado de Direito liberal, como a igualdade substancial, a justiça social e a dignidade da pessoa humana, com vistas a adequar o Direito à realidade que lhe é apresentada.

Sob a égide de novos princípios traçados pelas Constituições, delineiam-se microsistemas que trazem consigo a crescente intervenção do Estado na vida econômica e social, sob a forma de novos ramos do Direito.

Quebram-se as barreiras entre o público e o privado, assistindo-se à substituição de normas de caráter supletivo e dispositivo por normas cogentes, e de uma disciplina unitária e abstrata concebida pela codificação por uma disciplina específica e concreta, representada pela multiplicidade de diplomas legislativos que se erguem na pretensão de tornar mais justas as relações privadas.

Nessa passagem de monossistema para polissistema, assiste-se à descodificação do Direito Privado, tornando o cenário jurídico fragmentado e deixando o código de ocupar a posição central que lhe fora outorgada pela modernidade. Eis a “agonia do Código Civil”, descrita por Orlando Gomes,¹⁹ mas que hoje ganha nova vida, sob a égide de uma recodificação²⁰.

Sente-se, então, a necessidade de reunificação do Direito Privado, uma vez que esse papel passa a ser desempenhado pela Constituição, ao trazer consigo princípios básicos para disciplina

das relações privadas²¹. Eis o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, segundo o qual a Constituição passa a ocupar a posição central de todo o ordenamento jurídico, atribuindo-se ao Código papel residual na regulamentação da vida jurídica²².

Nessa perspectiva, há uma mudança metodológica com a qual o civilista deve estar afinado²³. Trata-se de buscar os valores fundamentais do Direito Privado na Constituição, ganhando espaço uma nova disciplina civilística, não mais orientada em torno do patrimônio, com contornos individualistas, mas em torno da pessoa, com contornos solidaristas, os quais surgem de um esforço de repersonalização do Direito Civil.

Esse processo de crise revela-se como “fértil processo de mudanças jurídicas”, exigindo dos juristas e, especialmente, dos civilistas, “um esforço de reflexão epistemológica que lhes permita, com base no conhecimento do direito brasileiro, na sua gênese e evolução, elaborar novos modelos que atendam às necessidades crescentes da sociedade contemporânea”²⁴.

Exige-se uma remodelação da atuação do jurista, evidenciada por Francisco AMARAL: “o direito reafirma-se como uma categoria ética e como uma prática social. E o civilista surge como um intelectual crítico, empenhado, não mais na defesa de uma classe, a burguesia, mas da pessoa e dos seus interesses inalienáveis”²⁵.

É nesse contexto que se indaga se o jurista está apto a cumprir com a tarefa acima descrita, que lhe exige o Direito Civil contemporâneo²⁶. Tal resposta será encontrada no ensino jurídico, deslocando-se a presente reflexão para o perfil de jurista que se quer formar, o qual passa por um esforço de superação de um modelo de ensino jurídico que, tal como o Direito, também se encontra em “crise”. Trata-se, portanto, de realizar um breve diálogo entre o Direito e a Pedagogia, suscitado a partir da indagação sobre as possibilidades do ensino jurídico com vistas

¹⁸Nesse sentido, aponta Teresa Negreiros, “supõe-se que este papel central atribuído ao instituto da propriedade para todo o direito privado possa justificar o fato de muitas das teorias hoje tendencialmente reputadas de alcance geral – como a função social e a do abuso do direito – terem atingido originalmente aquele instituto, para só então se propagarem em termos mais amplos.” **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 201.

¹⁹A agonia do código civil. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, ano IV, n. 7, jul. 1988, p. 9: “[...] Ainda adolescente, começou a ser mutilado e, com o passar dos anos e o desenvolvimento do país, foi perdendo substância e magnitude. Leis avulsas em número alarmante seguiram-se à política de institucionalização de microsistemas, que, por sua vez, traduziam novas diretrizes do pensamento jurídico traçadas nas sucessivas Constituições. E, assim, destinado a ter longevidade secular, o Código Civil agoniza ao perder o seu significado de repositório de todo o direito privado e do centro da experiência jurídica de um povo. Esvaziou-se no seu conteúdo e perdeu o seu sentido”.

²⁰[...] a preocupação com o renascer da codificação, ainda que com uma roupagem modernizada, visualizada num novo texto, na medida em que seja vista como retorno ao direito voltado para os interesses privados, centrados no indivíduo, em oposição aos interesses sociais, ordenando num sistema que se pretenda completo, situa-se na contramão da história, pela tendência à superação da dicotomia direito público – direito privado, através da constitucionalização dos institutos básicos do Direito Civil, a serem regulamentados por estatutos próprios, presumivelmente mais eficazes no trato desses temas, por sua especialização.” RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Op. cit.*, p. 17.

²¹Tal foi, segundo Natalino Irti, a resposta política e normativa ao desmoronamento do Código Civil: a colocação dos preceitos constitucionais no vértice da hierarquia das fontes e a enunciação de princípios gerais destinados a serem observados na interpretação e na aplicação de todas as normas do sistema, passando a Constituição a ser o centro do universo jurídico. Em consequência da constitucionalização dos referidos princípios gerais, as leis especiais passaram a derivar-se de um preceito enunciado na Constituição, penetrando, com maior força e impositividade, “no tecido da sociedade.” GOMES, Orlando. **A agonia...**, p. 5-6.

²²AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. In: **O direito**, ano 126, V. I-II, 1994, p. 77.

²³“Não se pode pretender adaptar a Constituição ao Código Civil, sendo indispensável proceder no sentido inverso, de modo a reler e forjar todo o tecido infraconstitucional sob o manto inovador e vinculante do texto maior”. TEPEDINO, Gustavo. A nova teoria contratual e as relações de consumo. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 206.

²⁴AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. In: **O direito**, ano 126, V. I-II, 1994, p. 64.

²⁵Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. In: **O direito**, ano 126, V. I-II, 1994, p. 81.

²⁶Trata-se do desafio descrito por Caio Tácito: “o desafio contemporâneo do jurista não se resume, portanto, no trabalho crítico das instituições jurídicas, mas, sobretudo, na criação de uma normatividade adequada a canalizar as aspirações da moderna sociedade”. O Desafio no Ensino do Direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 233, ano 67, p. 327-31, jan-fev-mar. de 1971, p. 327.

a formar juristas capazes de atuar na transformação da sociedade. A resposta a essa questão, porém, passa por uma investigação das premissas que moldaram o pensamento jurídico no Direito Civil, as quais se refletem na responsabilidade social do jurista.

2. Função²⁷ social do jurista e pensamento jurídico moderno

2.1. Formalismo e finalismo: construção e ruptura do pensamento moldado pelo positivismo jurídico

A civilística delineada pelas grandes codificações do século XIX assentou-se no contexto metodológico traçado pelo positivismo, caracterizado pela dedução de normas jurídicas, princípios e conceitos, em completo afastamento dos valores e objetivos extra-jurídicos.

Trata-se do formalismo que esteve presente no contexto jurídico do século XIX, sob duas vertentes: a exegese e a jurisprudência dos conceitos.

Após a cristalização no *Code* dos valores jusnaturalistas conquistados pela Revolução de 1789, o pensamento jurídico passa a ser moldado pela Escola da Exegese, constituindo-se em perfeito legalismo. Trata-se da identificação do Direito com a lei, deixando-se o contexto histórico do jusnaturalismo, e não se admitindo mais a prevalência do Direito natural sobre o Direito positivo. Essa ruptura com jusnaturalismo e opção pelo legalismo traz consigo uma justificação política, uma vez que a lei é a expressão da “vontade geral”, e, portanto, a soberania da lei, manifestação da soberania do povo²⁸.

No entanto, não basta a identificação do Direito com a lei. É necessária a exclusividade do critério normativo para sua interpretação, perfazendo-se um sistema fechado. Eis o caráter presente não apenas na atividade do jurista, mas na educação jurídica: o ensino do Direito civil resume-se tão somente ao ensino do Código Civil, prática que hoje ainda se mantém em muitas faculdades de Direito. Procede-se a uma atividade interpretativa, no estilo de comentários à lei, em cada um de seus artigos, atendo-se à intenção do legislador, com base na qual será fixado o alcance

do texto legal, por força de uma justificação democrática, em que se reflete a identificação da soberania da lei com a soberania do povo. O ensino do Direito Civil, sob tais contornos, assegura a manutenção dos valores conquistados pela Revolução e consagrados no *Code*.

Nessa perspectiva, molda-se a atividade do jurista. Em atenção ao princípio da separação dos poderes, o juiz passa a ser subordinado à lei, devendo considerar o Código como uma regulação completa e exaustiva,²⁹ na qual encontrará a decisão para todo caso concreto. Trata-se de atribuir-lhe a função de “boca da lei”,³⁰ o que está presente no artigo 4º do Código Civil francês. Note-se, no entanto, que essa tarefa é bem diversa daquela que se outorgava ao juiz no medievo: em meio a uma pluralidade de estatutos jurídicos, poderia ele aplicar a lei ou o costume, fonte que foi relegada a segundo plano com a estadualização do Direito³¹. Isso ocorria justamente em razão da garantia de que o sistema manter-se-ia completo, ao atribuir-se ao juiz a obrigação de decidir, sob pena de denegação de justiça.

O sistema cunhado pela exegese perfazia-se fechado para questões históricas do Direito. Não cabia qualquer vinculação dos conceitos e institutos com dados da realidade, dos sujeitos e da história, permanecendo a lei como critério exclusivo de interpretação. Pode-se dizer até mesmo que “há uma total incompatibilidade entre o raciocínio centrado no culto à lei e à autoridade constituída e aquele que perspectiva o sistema jurídico como categoria histórico-cultural”³².

Mas, se o dado histórico é completamente ausente na atividade do jurista, ao mesmo tempo vigora, em outro canto da Europa continental, a busca por um Direito que traduzisse o “espírito do povo”, face ao anti-legalismo da Escola Histórica, que contribuiu para fazer da codificação um fenômeno que ocorreu tardiamente na Alemanha³³.

O desenvolvimento posterior dessa Escola, orientado para a jurisprudência dos conceitos, trouxe consigo as premissas do positivismo científico. Por meio dela, erigiu-se um modelo de

²⁷A palavra *função* tem vários sentidos, entre os quais o de “posição, papel”, significado o qual se presta no presente contexto. E em sentido mais exato, o que se denomina por *função social*: “a noção de um conjunto de atividades e ‘papéis’ exercidos por indivíduos ou grupos sociais, no sentido de atender a necessidades específicas”. **Enciclopédia Saraiva de Direito**, p. 482.

²⁸MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 192.

²⁹*Ibidem*, p. 194.

³⁰“Os juízes, acreditavam eles, não deveriam aplicar estatutos de maneira restritiva, sob o pretexto de respeitar princípios fundamentais não-escritos. O papel do juiz era deliberadamente limitado a agir como a ‘voz do direito’. De outro modo, todos os esforços de codificação teriam sido em vão; e o objetivo da certeza jurídica teria sido prejudicado por juízes que tomassem decisões de acordo com suas convicções pessoais.” CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 171.

³¹“O *Code* devia ser concebido em primeiro lugar, e sobretudo, como um texto de direito positivo, e qualquer excesso doutrinário devia ser evitado; os termos do estatuto não deviam ser obscurecidos por teorias e considerações. Esse ponto de vista está de acordo com a noção de primazia absoluta do estatuto como fonte de direito. A interpretação doutrinária, a jurisprudência (em que o juiz é reduzido a um papel passivo como a voz do estatuto) e o costume encontram-se subordinados à autoridade do estatuto. Embora o costume tenha sido a fonte mais importante e a expressão do direito [...] agora está relegado a um papel residual e marginal.” CAENEGEM, R. C. Van. *Op. cit.*, p. 12.

³²MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 195.

³³“O argumento principal contra a codificação é sua imobilidade. Essa crítica foi feita por Savigny, fundador da Escola Histórica. Um código corresponde ao estágio do desenvolvimento jurídico num determinado momento e procura fixar esse estágio de modo que não possa mais ser mudado. O texto estabelecido pode, no máximo, ser objeto de interpretação. De acordo com a Escola Histórica, o direito é o resultado de evolução histórica dos povos e deve adaptar-se a essa evolução. O congelamento do direito por meio da codificação gera contradições internas e tensões intoleráveis dentro da sociedade. Toda codificação coloca, portanto, um dilema: se o código não é modificado, perde todo o contato com a realidade, fica ultrapassado e impede o desenvolvimento social”. CAENEGEM, R. C. Van. *Op. cit.*, p. 19.

pensamento jurídico num sistema lógico-formal no estilo “pirâmide dos conceitos”. Trata-se de um processo lógico-dedutivo, pelo qual se extraem conceitos gerais de conceitos específicos. Assim, parte-se do fundamento ético da liberdade individual, do qual se retiram os conceitos de sujeito de direito e de direito subjetivo, sendo os demais daí deduzidos, perfazendo-se um sistema fechado de conceitos.

Nessa vertente de formalismo, o jurista é um geômetra, cujo trabalho consiste na construção de um sistema de conceitos extraídos do direito positivo, em paridade com o método das ciências naturais. É justamente esse método que garante a plenitude lógica do ordenamento jurídico, presente em todos os sistemas individualizados pelo positivismo científico. Assim, o que garante a verdade científica não é a apreensão de uma realidade empírica, mas a coerência interna das categorias conceituais³⁴.

É nesse formalismo e cientificismo que se possibilita a neutralidade do Direito e do jurista, não cabendo a este criar arbitrariamente princípios e conceitos, mas tão somente desvendá-los. Essa neutralidade que cerca sua interpretação não é mais calcada na intenção do legislador, tal como pactuado pela exegese, mas é de cunho “objetivista”, segundo o sentido revelado pela norma no sistema, no qual está integrada³⁵.

Nesses modelos de pensamento jurídico, esculpidos pela exegese e pela pandectística, a atividade do jurista, especialmente a do juiz, revela-se como uma subsunção, cabendo-lhe enquadrar os fatos ao Direito. Assim, a realização da justiça se perfaz por um raciocínio silogístico, valendo-se da contraposição entre a premissa maior – a lei – e a premissa menor – o fato –, para se chegar a uma solução lógica.

No desempenho dessa atividade, o juiz não cria um direito novo, pois ainda que existam aparentes lacunas, cabe-lhe preenchê-las por meio de uma “construção criadora”. No entanto, essa atividade que afeta a subsunção em nenhum momento representa uma “inovação”, mas apenas o “desvendamento” ou “tradução” de algo que já existe e que está latente no sistema esperando apenas por ser descoberto³⁶.

Esse papel limitado às fronteiras da subsunção, e atribuído ao jurista pelo positivismo, encontra justificativa política. Trata-se da relação entre o Estado liberal de direito e a sociedade, implicando uma restrição do poder político, o que

significou necessariamente a recusa de poderes ao juiz. Assim, em conformidade com o ressaltado por Franz Wieacker, ao vincular-se o juiz aos princípios científicos, estabelecidos e comprováveis, desviam-se da jurisprudência os interesses sociais e econômicos, contrários à sociedade liberal³⁷.

Portanto, a atuação do jurista diante dos estilos de pensamento jurídico, moldados pela exegese e pela pandectística, retiravam-lhe toda sua função criativa e destituíam-lhe de sua responsabilidade social.

Trata-se de uma inversão em relação à atividade desempenhada pelo jurista no medievo. O Direito Moderno delineou um pensamento jurídico engessado nos códigos, produtos da razão iluminista, perdendo-se de vista a tradição das universidades, que consistia em orientar a busca por um direito justo. Sua função tornou-se mera exegese de textos legislativos e o Direito passou a confundir-se com os códigos nacionais, ou ainda com a ordem do soberano, deixando-se de entender como justiça³⁸.

Ao engessar o pensamento jurídico nos códigos, sob a égide de sistemas fechados, o positivismo destituiu o Direito de uma perspectiva axiológica e de argumentos teleológicos,³⁹ pois “considerações de caráter ético, político ou econômico não são assuntos de juristas, enquanto tais”.⁴⁰ Dessa forma, contribui-se para o isolamento do direito à realidade e para a manutenção de injustiças sociais, sobrepondo o interesse individual ao coletivo, tornando necessário que se instilasse em diplomas legislativos, como o BGB, “gotas de óleo social”⁴¹.

É nesse momento que se instaura a “crise” do positivismo, o que se traduz na ruptura com o modelo de pensamento jurídico formalista, e a revalorização do papel do juiz e admissão de sua função criadora⁴². A investigação dos operadores jurídicos volta-se para os fins que os direitos devem desempenhar.

É assim que encontramos Ihering, ao promover uma autodestruição massiva da jurisprudência dos conceitos, tornando-se um dos primeiros juristas a descobrir a dimensão social do Direito Privado⁴³.

Ao oscilar entre o que seja útil aos sujeitos e à sociedade, Ihering opta pelos interesses coletivos,⁴⁴ trazendo a primeiro plano o elemento teleológico na interpretação jurídica⁴⁵. Trata-se da jurisprudência dos interesses, caracterizada por um abandono

³⁴HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Portugal: Europa América, 1997, p. 187.

³⁵*Ibidem*, p. 192.

³⁶MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 222.

³⁷*Op. cit.*, p. 504.

³⁸DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 53-54.

³⁹NEVES, António Castanheira. **Digesta**. Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, v. 2, 1995, p. 188.

⁴⁰WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 492.

⁴¹GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 2.

⁴²AMARAL, Francisco. **Direito civil**. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 46.

⁴³WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 517.

⁴⁴*Ibidem*, *loc. cit.*

⁴⁵Em conformidade com o que aduz Judith MARTINS-COSTA, Ihering não é modelo de paradigma fechado, mas de um paradigma em mutação, pelo qual a dogmática passa a ter papel criador de matéria nova. *Op. cit.*, p. 223.

à intenção formalista; o reconhecimento de lacunas no Direito, o abandono da mera subsunção e a opção pela construção problemática da norma em concreto, utilizando-se, para isso, de critérios normativos extratextuais, e o recurso aos valores últimos, de que o Direito deve servir-se, realizando outro tipo de racionalidade, pertencente à esfera axiológico-normativa⁴⁶.

No entanto, a jurisprudência dos interesses não conseguiu romper com o positivismo legal, pois não bastava colocar os interesses em evidência. Era necessário valorá-los, indo além, para a jurisprudência das valorações, a qual desempenhou uma ação libertadora ao possibilitar o preenchimento das lacunas, não apenas em fidelidade à lei, mas em harmonia com as exigências da vida⁴⁷.

Nessa perspectiva, surge nova ruptura, pela qual a atenção dos juristas volta-se para os critérios de valor que devem nortear a interpretação jurídica. Assim, ao aplicar a norma, o juiz deve voltar-se para os valores que estão presentes no contexto normativo, a fim de preencher casuisticamente conceitos indeterminados e cláusulas gerais.⁴⁸ Atualmente, a procura por esses valores volta-se para a lei fundamental, promovendo-se nova leitura do direito infraconstitucional. Assim, a jurisprudência dos valores representa, parafraseando Pietro Perlingieri, uma “natural continuidade” da jurisprudência dos interesses, propiciando a construção de um “Direito Civil Constitucional” e realizando a funcionalização das situações patrimoniais às relações existenciais⁴⁹.

2.2. Funções do jurista na sociedade liberal e no intervencionismo

Os modelos de pensamento jurídico delineados pelo formalismo e pelo finalismo correspondem ao papel desempenhado por dois tipos de juristas: o da sociedade liberal clássica e o do intervencionismo.

Na sociedade moderna, a liberdade constituiu-se na imagem do Direito Privado, ao ser consagrada no topo dos ordenamentos jurídicos. Trata-se de uma inversão em relação à Antiguidade, pois, se naquele contexto a liberdade só existe no espaço público, na modernidade ela passa a fazer parte do espaço privado.

A justificativa dessa inversão está na construção de uma sociedade liberal, que se apresenta como “universo de proprietários independentes”⁵⁰. Assim, o sujeito delineado pela modernidade é o indivíduo revestido da condição abstrata de pessoa, cunhada pelo Direito com vistas a capacitá-lo para a prática dos mais diversos atos da vida civil.

Esse sujeito, cujo modelo ideal é o indivíduo proprietário, pode participar ativamente do mercado, no qual se agregam as vontades individuais⁵¹. Nessa sociedade, o “Estado mantém-se distante da autoridade econômica”⁵². Eis que esta é considerada a melhor forma de alcançar a justiça social: deixar que o mercado ajuste-se ao livre jogo das vontades individuais.

Nesse contexto, encontra-se o jurista desempenhando dois papéis: o de “jurista do mercado” e o de “jurista do Estado”⁵³. Trata-se do desempenho das atividades de advogado e magistrado, que se conjugam no mercado.

No panorama assentado sobre fronteiras bem delineadas entre o público e o privado, o jurista de mercado desempenha a atividade de um “compositor de normas privadas”⁵⁴. Cabe-lhe evitar os litígios que possam surgir no mercado, operando com patrimônios e não com pessoas.⁵⁵

Ao seu lado está o magistrado, “jurista de estado”, “encarregado de dirimir os conflitos que escapam ao mercado”⁵⁶. Sua atuação é delimitada pelas premissas do formalismo, que o transformam em “mera boca da lei”,⁵⁷ limitando-se a descobrir regras implícitas no ordenamento jurídico. Assim, sua função resume-se a “eliminar as dificuldades que se opõem à auto-regulação mercantil”⁵⁸.

Por isso, a autonomia da vontade, princípio basilar das relações privadas, é concebida em termos amplos, estando sujeita a limites negativos, que cuidam de traçar suas fronteiras, por meio de conceitos jurídicos imprecisos, tais como a ordem pública e os bons costumes. Desse modo, a atividade do jurista na sociedade concorrencial resume-se a exercer o poder que lhe é conferido pela soberania da vontade, enquanto advogado que compõe normas privadas, ou para cuidar que ela se mantenha nos limites traçados pelo que é proibido, pelas mãos do magistrado.

Ao longo do século XX, esse contexto sob o qual foi erigido o Direito Privado moderno altera-se com o advento

⁴⁶NEVES, António Castanheira. *Op. cit.*, p. 220.

⁴⁷LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de: José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969, p. 159.

⁴⁸LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 156.

⁴⁹**Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 32.

⁵⁰CAPELLA, Juan Ramón. Las transformaciones de la función del jurista en nuestro tiempo. *Crítica jurídica*. Revista latino-americana de política, Filosofía y Derecho. n. 17, ago. 2000, p. 53.

⁵¹CAPELLA, Juan Ramón. *Op. cit.*, p. 53.

⁵²*Ibidem*, p. 53-54.

⁵³*Ibidem*, p. 54.

⁵⁴*Ibidem*, p. 55.

⁵⁵*Ibidem*, p. 55.

⁵⁶*Ibidem*, p. 56.

⁵⁷*Ibidem*, p. 56.

⁵⁸CAPELLA, Juan Ramón. *Op. cit.*, p. 25.

do Estado do bem-estar social. As injustiças acentuadas pela construção de uma sociedade liberal clássica, a crise do capitalismo e o fenômeno das relações de produção e de consumo em massa tornam imprescindível a intervenção estatal. Rompem-se as fronteiras entre o público e o privado, que encontravam fundamento da separação entre Estado e sociedade, na qual se encontrava o mercado livre da intromissão do poder público.

Nesse contexto, o jurista de Estado apresenta-se como o magistrado, que já não é mais a “boca da lei”, e que segundo Juan Ramón Capella, nunca o foi⁵⁹. Mas se revela como a última instância do garantismo, guardando consigo uma função de ajuste político-econômico⁶⁰.

Surge ao lado dele a figura do “jurista administrador-público”, revelando-se como “gestor-negociador”, já que todos os âmbitos da sociedade passam a envolver questões públicas.

Assim, assiste-se à permanência da autonomia privada, enquanto princípio fundamental das relações jurídicas travadas entre os particulares, mas que sofre novas limitações com vistas a conformar-se com as transformações que se desenrolam na sociedade.

Com vistas à funcionalizá-la, a função do jurista diversifica-se nessa sociedade por uma tendência de especialização profissional e dispondo-o à criação.

A conjugação entre os modelos de juristas e os estilos de pensamento jurídico, antes delineados, conduzem-nos à tarefa de identificar, no ensino jurídico, a reprodução dessas funções e as tentativas de sua superação.

3. Pedagogia e Direito: um encontro para proporcionar uma reflexão crítica

3.1. Ensino jurídico e constatação de sua crise

A “crise” que encontramos no Direito também está presente em seu ensino. Trata-se do já retratado por San Tiago Dantas, há mais de meio século, ao afirmar que a universidade perdeu seu poder criativo para resolução dos problemas que lhe são apresentados, tornando-se centros de transmissão de conhecimento, alheios aos debates sobre problemas vivos. Assim, problemas novos estão sem solução e os antigos com soluções obsoletas⁶¹.

A justificativa desse quadro encontra-se não apenas numa crise que se reflete no conteúdo a ser ensinado, mas também em como e com qual finalidade ensinar.

No início do século XIX, os cursos jurídicos nasceram no Brasil com a finalidade de prover o Império de bacharéis para compor as carreiras burocráticas e aplicar as leis nacionais. Nasceu um modelo de jurista diretamente ligado às funções do Estado⁶².

A conseqüência dessa atitude foi a formação de juristas isolados, social e culturalmente, da realidade brasileira, propondo soluções idealistas por medidas repressivas⁶³.

A formação desse tipo de jurista está estritamente ligada à veiculação de um pensamento jurídico “sistemático e geometrizar”,⁶⁴ moldado pelo formalismo no século XIX, e presente no ensino jurídico até os dias atuais.

O sistema jurídico liberal, construído sob a égide do racionalismo iluminista,

[...] determinou, por longo período, a prisão do jurista à busca do sentido do direito exclusivamente no texto legal, afastada a preocupação com realizar justiça, e ao positivismo, chegando a Kelsen e sua teoria pura, divorciada da realidade.

Em Kelsen, o direito é apreendido como um sistema de norma, um conjunto de relações lógicas desvinculadas da natureza e do homem que dela faz parte.⁶⁵

Nessa perspectiva, verifica-se, na segunda metade do século XX, a presença de um paradigma normativista de inspiração kelseniana no ensino jurídico⁶⁶. Essa visão lógico-formal do Direito é completada por uma visão calcada nos princípios da ideologia liberal⁶⁷.

O quadro do ensino jurídico, moldado pelo traçado de um paradigma normativista, congrega consigo a descontextualização, o dogmatismo e a unidisciplinaridade⁶⁸.

O fruto desse descompasso estende-se ainda para a negação do pluralismo jurídico, pois “ensina-se um direito, mas não o direito”, como afirma Eroulths Cortiano Jr⁶⁹. Propaga-se a idéia segundo a qual não existem outras formas de Direito, senão o advindo do Estado.

⁵⁹*Ibidem*, p. 61.

⁶⁰*Ibidem*, p. 62.

⁶¹DANTAS, San Tiago. A educação jurídica e a crise brasileira. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 159, ano 52, p. 449-58, maio-jun. 1955, p. 451.

⁶²LOPES, Reinaldo Lima. **O direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

⁶³*Ibidem*, p. 226.

⁶⁴*Ibidem*, p. 229.

⁶⁵RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *Op. cit.*, p. 12.

⁶⁶FARIA, José Eduardo. **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987, p. 42.

⁶⁷FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. O advogado, a cultura jurídica e o acesso ao sistema judiciário. **Revista Forense**, vol. 272, p. 43.

⁶⁸CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso proprietário e suas rupturas: prospectiva e perspectivas do ensino do direito de propriedade**. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2001, p. 131-132.

⁶⁹*Op. cit.*, p. 131.

O retrato do ensino do Direito Civil, que se molda sobre tais fundamentos, traz consigo a centralidade do Código Civil, papel que há muito já se perdeu em favor de leis especiais, sob o manto unificador da Constituição Federal. Trata-se de um descompasso que, por vezes, ainda se mantém no ensino do Direito Civil, conferindo vida ao legalismo exegético⁷⁰. Alia-se o ensino do Direito ao dogmatismo, revelando-se soluções e princípios encontrados no código, como realidades inquestionáveis⁷¹.

Tal fato tem seu aspecto positivo ao conferir ao aluno um ensino técnico, mas que não se revela como suficiente, pois, muito além da habilidade técnica, mister se faz um perfil crítico, com o qual deve atuar o jurista em sociedade, não se admitindo que ele esteja destituído de sua responsabilidade social.

É o que ocorre, por exemplo, no ensino dos estatutos fundamentais do Direito Civil, em que, por vezes, a propriedade, a família e o contrato vêm sendo tradicionalmente apresentados como se fossem “gavetas fechadas”, que somente se abrem no momento em que são estudados. Esse afastamento não se manifesta somente entre os ramos do próprio Direito Civil, mas também em relação a outras categorias do saber. Assim, torna-se inconcebível que se estude a civilística dissociada do Direito Constitucional, no qual encontramos seus princípios retores, bem como os da sociologia, da filosofia ou da história. Trata-se, portanto, de uma “unidisciplinariedade”, fragmentando-se o conhecimento em disciplinas, cujo resultado apresenta-se no afastamento de diálogos com outros saberes⁷². Com isso, as soluções jurídicas, cultuadas pelo Código ou criadas pela jurisprudência, acabam sendo apresentadas como destituídas dos problemas que as geraram. Sua consequência, bem como das premissas anteriores, é a apresentação do Direito como um “dado” e não como um “construído”, que se esboça no distanciamento entre o Direito ensinado e o Direito vivido.

Trata-se do paradigma normativista, presente no ensino do Direito, que congrega o dogmatismo, a descontextualização e a unidisciplinaridade, sob uma “didática tradicional”. Parte-se do pressuposto de que o conhecimento de normas e de instituições seria

suficiente para o aluno, enquanto operador do direito, conseguir resolver todos os conflitos que lhe forem apresentados⁷³. Assim, o ensino jurídico apresenta-se de modo sistemático e expositivo⁷⁴.

Esse método de ensino, calcado num pensamento sistemático, é consequência do positivismo do século XIX que, não obstante os movimentos de sua crise e superação, ainda se mantém vivo, por meio do ensino jurídico. Assim, propicia-se como única forma de raciocínio jurídico o dedutivo, deixando-se à margem o raciocínio indutivo, esquecendo-se de que o Direito é essencialmente problemático.

No contexto desse paradigma normativista, ainda há a transmissão de valores do liberalismo. Assim, compreende-se que os estatutos fundamentais do Direito Privado, passando pelo contrato, a propriedade e a família, sejam revelados, por vezes, em nossas faculdades, como ancorados no dogma da vontade, na liberdade individual tendencialmente ilimitada, sobrepondo os interesses individuais aos interesses coletivos. Desse modo se justifica a resistência aos novos princípios, como aqueles trazidos pela disciplina constitucional, o que se reflete e sobrevive na atividade dos operadores jurídicos.

Por isso, no momento presente, nossos esforços convergem para busca de uma nova pedagogia, capaz de dirimir os problemas ora descritos.

3.2. Por uma “Pedagogia do ser”⁷⁵

Nos cursos jurídicos, verifica-se que o ensino do Direito Civil desenrola-se sob a égide de uma “pedagogia fundada sobre a memorização”, transmitindo-se um saber formal presente nos livros e no professor, bastando apreender, memorizar e aplicar regras e proposições⁷⁶. No entanto, a pedagogia que precisa estar presente no ensino do Direito Civil, em constante transformação, é uma “pedagogia da capacidade de pensar e de saber”, pela qual o professor ajude o aluno a compreender e a pensar por si mesmo, mediante um processo de trocas intersubjetivas⁷⁷. Trata-se da “pedagogia do ser”, destinada a descobrir e pôr em evidência as qualidades de cada estudante e completamente oposta a uma

⁷⁰Eis a crítica ao ensino que se limita ao estudo do Código Civil, já feita pelo Prof. José Lamartine Corrêa de Oliveira: “[...] o ensino meramente exegético – e de uma exegese no mau sentido, no sentido de uma interpretação da lei com recursos meramente da gramática ou, no máximo, da sistemática externa do Código, da taxonomia, ou de argumentos ligados a trabalhos preparatórios da lei, esse ensino, evidentemente não leva a nada, [...] E, por respeitáveis que sejam seus esforços, não são advogados, não serão juízes, não serão juristas. Não serão advogados porque não estarão aptos àquela tarefa de desbravamento de caminhos, de provocação da criação de uma jurisprudência nova de que eu falava no início de minha palestra, porque como juízes não estarão aptos a essa criação”. (Por estranho que pareça estudar ainda é preciso. In: *Revista da OAB/RJ*, n. 16, p. 41-53, 2º quadrimestre de 1981, p. 49).

⁷¹CORTIANO JR., Eroulths. *Op. cit.*, p. 132.

⁷²*Ibidem*, *loc. cit.*

⁷³DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, p. 453.

⁷⁴“O ensino continua a ser ministrado, por sua vez, através do árido e fatigante método formalístico e dogmático dos monólogos catedráticos de docentes imobilizados numa posição didática que os petrifica em desoladora estagnação cultural. Na monotonia desse aprendizado ‘nacionístico’ apodera-se dos estudantes da geração mais nova – tal como observa Capelletti – difuso sentimento de dúvida, de desconfiança, de desespero ou de rebelião, no confronto com o mundo construído pela geração dos seus professores, atropelado por conflitos mortais, por ideologias e regimes de opressão, por injustiças insuportáveis, por obtusa destruição ecológica e pela materialística e suicida sociedade de consumo”. GOMES, Orlando. A casta dos juristas. In: *Revista do curso de direito*, Fortaleza, 22 (1), p. 61-72, jan-jun. 1981, p. 65.

⁷⁵A denominação é de Catherine Thibierge: “pédagogie de l’être”. (Enseigner le droit civil à l’aube du XXI^e siècle. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 2, p. 306-313, avril-juin, 1998, p. 309)

⁷⁶THIBIERGE, Catherine. *Op. cit.*, p. 310.

⁷⁷“O ensino do direito, que aprova um amplo emprego à memorização e à exposição de saberes formais, ainda que um curso magistral, porque centrado principalmente no conteúdo da matéria, ganharia ao se polarizar também na pessoa dos alunos.” Tradução livre de: “L’enseignement du droit, qui accorde une large place à la mémorisation et à l’exposé de savoirs formels lors des cours magistraux, parce que centré principalement sur le contenu de la matière, gagnerait à se polariser aussi sur la personne des étudiants.” *Ibidem*, p. 310.

“pedagogia do ter”, baseada em “ter” notas, diplomas ou conhecimentos.⁷⁸

Partindo-se do pressuposto de que uma “pedagogia do ter” seria insuficiente para gerar juristas aptos a desempenhar sua responsabilidade social, indaga-se quais seriam os caminhos para alcançar uma “pedagogia do ser”.

Nos quadros de uma pedagogia fundada sobre a memorização, o aluno é reduzido a um papel meramente passivo da relação ensino-aprendizagem. Sob essa ótica, o ensino do Direito Civil caracteriza-se por um procedimento de exclusão, por meio da “interdição”: somente a palavra do professor ocupa espaço, deixando à margem a palavra do aluno. Assim, tolhem-se suas experiências e impede-se o diálogo com outras disciplinas⁷⁹. Essa relação de ensino-aprendizagem, na qual resta ausente o diálogo e a troca de idéias, é aperfeiçoada pela utilização do método expositivo.

Surgem, então, os inconvenientes de uma aula expositiva, presentes na obtenção de um “conhecimento puramente formal e receptivo do saber – já que o conteúdo das notas do professor vai direto ao caderno do aluno, sem a intermediação das informações pelo acadêmico”⁸⁰.

Não obstante tais críticas, José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA coloca-se contra o exegetismo e em defesa das preleções⁸¹. Do mesmo modo, advertem Paulo Freire e Ira Shor⁸² que o professor pode ser muito crítico fazendo preleções.

Portanto, a questão não está propriamente no método a ser utilizado, mas em sua exclusividade, rejeitando-se outras formas de ensino como seminários e estudo de casos, mostrando-se como obstáculo para a abertura de espaço no qual os alunos expressem suas opiniões.

A consequência desse ensino é a reprodução e não a construção ou criação de novos saberes jurídicos, o que se reflete na sociedade, pelo desempenho da atividade do jurista. Trata-se da concretização do que Michel Miaille descreve ao argumentar: “é preciso convir que a ‘construção’ dos nossos juristas é, na maior parte do tempo, do tipo ‘reprodução’ de um construído que já

existe”⁸³.

Ocorre que a “reprodução” do conhecimento jurídico traz consigo a atuação ideológica. Ao apresentar conceitos, princípios e soluções do Direito Civil, como dogmas, distanciados dos problemas que o geraram, os valores recepcionados são os mesmos que se encontram presentes em sua base delineada, no século XIX, por uma orientação patrimonialista.

Portanto, os valores transmitidos por esse ensino não serão aqueles que tornarão o jurista apto a desempenhar sua responsabilidade social. Trata-se do que Eroulths Cortiano Jr. demonstra, no caso do ensino do direito de propriedade:

A Constituição de 1988 assumiu francamente um posicionamento possibilitador da construção de um novo discurso proprietário, agora baseado na função social da propriedade e na supremacia dos valores existenciais diante dos valores patrimoniais. A implantação da nova sistemática proprietária, entretanto, não se faz de modo pronto com o advento da Constituição: somente a atividade constante do operador do direito permitirá que o novo modelo de propriedade, plural e solidário, prevaleça diante do ultrapassado discurso, que teima em manter-se no discurso do ensino do direito de propriedade.

Num ensino jurídico descontextualizado, dogmático e unidisciplinar – como é o ensino do direito no Brasil – o princípio proprietário e o modelo proprietário ganham longa vida, e superam suas próprias rupturas...⁸⁴

Diante de tais afirmações, poder-se-ia indagar se o mesmo que ocorre com o ensino do direito de propriedade não é exatamente o que ocorre com o ensino dos contratos e da família.

Se assim o considerarmos, o ensino jurídico não cumpre com sua tarefa de transformação da sociedade. Evidencia-se que a educação não é a alavanca para transformação da sociedade, justamente porque deveria sê-lo⁸⁵.

A educação somente pode ser considerada como fator de transformação social na medida em que se formem sujeitos que, ao

⁷⁸*Ibidem*, p. 310-311.

⁷⁹CORTIANO JR., Eroulths. *Op. cit.*, p. 150.

⁸⁰*Ibidem*, p. 150.

⁸¹“A mim me parece que sem a presença – como elemento importante do ensino da aula expositiva – não é possível que o estudante chegue lá. Porque para o estudante chegar a essa tarefa de reflexão crítica tem de lhe ser fornecida, inclusive, a noção de sistema. Não apenas ‘sistema’ no sentido externo, taxinômico, quer dizer, a maneira como as matérias se arrumam entre as normas, os pensamentos e fundamentos comuns que inspiram normas aparentemente distantes umas das outras nas mesmas leis ou em leis diversas e que, não obstante, se ligam por um pensamento comum. É preciso que isso seja desmontado para o estudante, para que ele perceba qual é a lógica interna do conteúdo do pensamento do sistema dominante para que, conhecendo-a, possa criticá-la.” **Por estranho que pareça estudar ainda é preciso**, p. 48. Nesse sentido, cf. ainda: OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A liberdade e o ensino jurídico*. In: **Revista de direito civil Imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, n. 39, ano 11, p. 40-67, jan-mar. 1987, p. 53.

⁸²“Ao criticar a educação ‘bancária’, temos que reconhecer que nem todos os tipos de aulas expositivas podem ser considerados educação ‘bancária’. Você pode ser muito crítico fazendo preleções”. **Medo e ousadia**. O cotidiano do professor. Tradução de: Adriana Lopez. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 53.

⁸³**Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Moraes Editores, 1989, p. 174.

⁸⁴CORTIANO JR., Eroulths. *Op. cit.*, p. 169.

⁸⁵“Sabemos que não é a educação que modela a sociedade, mas, ao contrário, a sociedade é que modela a educação segundo os interesses dos que detêm o poder. Se é assim, não podemos esperar que a educação seja a alavanca da transformação destes últimos. [...] na educação libertadora, o professor usa o espaço educacional sem ser ingênuo. Ele sabe que a educação não é a alavanca para a transformação revolucionária precisamente porque deveria sê-lo!” FREIRE, Paulo.; SHOR, Ira. *Op. cit.*, p. 49-50.

exercerem sua atividade profissional na sociedade, atuem nesse sentido⁸⁶.

No entanto, o quadro descrito do ensino jurídico de Direito Civil não contribuiu para que isso ocorresse; ao contrário, formam-se juristas sem percepção crítica, incapazes de ler sua própria realidade⁸⁷.

Portanto, surge uma questão a ser resolvida: trata-se de saber como formar juristas capazes de ler sua própria realidade, atuando na transformação da sociedade na qual se encontram inseridos. Para responder a essa questão, entra em cena o desvio do jurista e a necessidade para a qual esse desvio aponta: a construção de um pensamento crítico.

4. Ensino de reflexão crítica do Direito Civil

Como delineado em páginas anteriores, o ensino jurídico, nos moldes anteriormente traçados, contribuiu para a formação de “juristas devotados inteiramente à causa do poder”⁸⁸.

É neste momento que se indaga se esse jurista saberá agir diante de escolhas legislativas que lhe sejam impostas. Ao longo da história, verifica-se que, por vezes, foram impostas prescrições que violavam os direitos fundamentais da pessoa humana, tal como argumenta Pietro Perlingieri. Assim, restaria ao jurista respeitar tais normas, ainda que injustas ou moralmente ilícitas, ou resistir a tais escolhas legislativas, deixando de ser jurista? Observa-se, então, a não sujeição de alguns juristas a tais comandos por não respeitar minimamente a pessoa humana⁸⁹.

Com efeito, o espírito crítico de alguns juristas mostra-se mais desenvolvido do que o grau de submissão no qual estão postos. Surge uma atitude de contestação jurídica denominada por André-Jean ARNAUD de “desvio”, que se origina de um “conflito de papéis sentido e vivido pelos indivíduos no interior de seu estatuto social”⁹⁰.

Assim, o sujeito desviante é “aquele que, sozinho ou em companhia de uma minoria, escolheu mais ou menos

deliberadamente transgredir, quer dizer, transformar as normas no plano prático ou no plano ideológico, provocando com isso a reação mais ou menos violenta da parte da maioria conformista”⁹¹.

Tais escolhas legislativas com as quais se pode deparar o jurista, e sua atitude de contestação jurídica, caracterizada por um “desvio”, demonstram o quão complexa e valorativa⁹² é a atividade do operador jurídico,⁹³ e a constatação de que é necessário que o operador jurídico seja capaz de ler sua realidade de forma crítica⁹⁴.

É nesse momento que se abrem as portas de uma reflexão crítica, que o jurista deve estar apto a realizar e que deve fazer parte do ensino jurídico. Mas o que significa um pensamento crítico?

Certamente, não se trata de um pensamento com críticas,⁹⁵ tecendo-se juízos sobre pessoas ou coisas, com vistas a corrigir seus erros, mas de um pensamento dialético, o qual parte do fato de que o mundo é complexo e, portanto, não se pode limitar a descrever o que é visível, mas o que é invisível, isto é, considerar o objeto na totalidade de sua existência, entre passado e futuro da sociedade que o produziu⁹⁶.

Nessa perspectiva, poderíamos comparar o ensino do Direito Civil com a visita guiada que se faz a uma casa desconhecida, tal como cogitado por Michel Mialle⁹⁷. O Direito Civil é a casa, e a visão que o aluno terá dela dependerá de quais portas lhe forem abertas pelo guia, que é o professor. Verifica-se que, ao realizar essa visita, são abertas sempre as mesmas portas, enquanto outras há que sempre permanecem fechadas.

Assim acontece com o ensino do direito de propriedade, no qual está assentado todo o Direito Civil, como revela Eroulths Cortiano Jr.: “à medida que o ensino do direito de propriedade deixa-se envolver pelo discurso proprietário, toma mais importância o que está oculto do que aquilo que transparece. O não-dito é tão importante quanto o dito. E aquilo que é excluído, do qual não se tolera a presença pelo risco que traz consigo, é

⁸⁶É por isso que aduz Roberto A. R. de Aguiar: “o advogado não pode, como agente essencial da aplicação e criação do Direito, ser apenas um repetidor, mas um incentivador e agente da transformação técnica, a fim de que a sociedade não fique à mercê dos autoritarismos, dos abusos de poder, das desobediências à legalidade, da banalização da violência e da morte. O advogado há de ter uma ação transformadora dessas práticas ancestrais”. (A contemporaneidade e o perfil do advogado. In: CONSELHO FEDERAL DA OAB. **OAB e o ensino jurídico. Novas diretrizes curriculares**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996. p. 129-139, p. 131).

⁸⁷“A tarefa reprodutiva da ideologia dominante leva a obscurecer a realidade, a evitar que as pessoas adquiram uma percepção crítica, que ‘leiam’ sua própria realidade de forma crítica, que aprendam a razão de ser dos fatos que elas descobrem.” FREIRE, Paulo.; SHOR, Ira. *Op. cit.*, p. 49-50.

⁸⁸ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Tradução de: Wanda Lemos Kepler. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 153.

⁸⁹*Op. cit.*, p. 3.

⁹⁰ARNAUD, André-Jean. *Op. cit.*, p. 158.

⁹¹*Ibidem*, p. 157.

⁹²“Mas não basta uma jurisprudência dos interesses. Não fica aí a tarefa do advogado. É preciso, muitas vezes, ir além na pesquisa da interpretação da lei. É preciso descobrir os grandes valores, os grandes humanos, sociais, que inspiram o legislador, que a lei se destina a tutelar. Sem uma visão axiológica do Direito, por exemplo, é impossível ao advogado ou a um juiz bem aplicar as normas jurídicas que consagram o chamado princípio geral da boa-fé [...] Ora, um advogado que não tenha todas essas noções será capaz talvez de uma tarefa mecânica de submissão: pegar o fato e encontrar a norma aplicável; mas ele não será capaz, jamais, de, através de uma análise de interesses, de uma análise axiológica do texto legal, exercer uma advocacia criativa, que abra caminhos novos e que seja a provocação para que o Judiciário também exerça uma tarefa de jurisprudência criativa.” OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. *Op. cit.*, p. 44.

⁹³PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 3.

⁹⁴“O jurista não pode ser um homem que vá atrás dos fatos. Ele tem de ser um homem capaz de exercer uma reflexão crítica sobre a adequação entre a norma e os problemas, e de exercer essa reflexão crítica não apenas numa linha de eficácia, não apenas numa linha a que realmente o empirismo leva, que é a de verificar se o Direito está servindo eficientemente ao sistema dominante, numa linha que seja capaz de propor uma reformulação dos próprios valores fundamentais do sistema dominante.” OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. *Op. cit.*, p. 48.

⁹⁵MIALLE, Michel. *Op. cit.*, p. 21.

⁹⁶*Ibidem*, p. 22.

⁹⁷*Op. cit.*, p. 16 e seguintes.

transformado em silêncio”⁹⁸.

Eis que o ensino de uma leitura crítica do Direito Civil reside justamente no fato de se abrirem portas que sempre permanecem fechadas. E de tal modo que conhecer o que está por trás das portas que permanecem fechadas torna-se mais importante do que aquilo que já conhecemos através das portas que tradicionalmente são abertas. Portanto, o que não é revelado torna-se importante para fazer conhecer o que está aberto, como argumenta Eroulths Cortiano Jr.:

Assim, a compreensão do direito de propriedade passa por saber o que está sendo oculto, e que não pode ser exposto por conta das próprias limitações do discurso. Essa a perspectiva que deve ser usada pelo professor e pelo aluno: tentar desvendar o que não se mostra. Onde se fala proprietário, encontrar o não-proprietário; quando se cuida da propriedade, visualizar as propriedades; no momento em que se aluda à tutela da propriedade, pensar as tutelas de acesso à propriedade.⁹⁹

Abrir portas que sempre permanecem fechadas significa, portanto, abrir portas para o “método dialógico”,¹⁰⁰ produzindo um pensamento crítico sob um novo cenário da relação de ensino-aprendizagem entre professores e alunos.

Trata-se de uma pedagogia de reflexão crítica, que retire o aluno de seu papel tradicionalmente passivo, evidenciado por alguém que apenas deve ouvir e memorizar e, por fim, repetir tudo o que foi “apreendido” em sala de aula. Eis que a transformação da função do jurista em nossa sociedade ocorre proporcionalmente à mudança do papel desempenhado pelo aluno na relação ensino-aprendizagem. Caminha-se, assim, em direção a uma “pedagogia do ser”, que sugere a mudança da própria relação entre professores e alunos para construção de novos saberes.

Rompe-se com o paradigma tradicional, representado pela “educação bancária”, segundo a qual não cabe ao aluno intervir

na realidade apresentada pelo professor, e que se limita a tornar a formação do bacharel em Direito um acúmulo de informações e reprodução de teorias e proposições afastadas da realidade.

O “método dialógico” encontra-se ligado ao pensamento crítico e ao processo de transformação da sociedade. Eis que o diálogo é uma postura necessária para agir criticamente, para refletir sobre sua realidade, tornando-nos capazes de transformá-la¹⁰¹. Ajusta-se ao fato de que a ciência tem historicidade, sendo inevitável que um novo conhecimento seja ultrapassado por outro que há de surgir¹⁰².

Trata-se ainda de aproximar o ensino da realidade, isto é, situar o assunto na linguagem e no pensamento dos alunos, em sua subjetividade¹⁰³.

O pensamento crítico supõe a dialética, enfocando o objeto do conhecimento em seu todo na sociedade, conjugando-se com uma reflexão histórica, ao revisar seu passado e projetar seu futuro: eis as portas que se abrem para a interdisciplinaridade.

A esse argumento junta-se o ensino do raciocínio jurídico¹⁰⁴. E, com vistas a desenvolvê-lo, surge, em oposição à “didática tradicional”, caracterizada pelo estudo sistemático de conceitos e institutos como suficiente para tornar o jurista apto a raciocinar diante dos casos concretos, uma nova didática, na qual se tornaria predominante a técnica do estudo de casos, voltando-se a atenção para o exame e a solução de determinadas controvérsias, reconduzindo o jurista ao fato social gerador do Direito¹⁰⁵.

Trata-se de uma releitura dos institutos civilísticos, à luz dos princípios constitucionais, confirmando um pensamento interdisciplinar¹⁰⁶, e que encontra significado na passagem de um pensamento sistemático, delineado pelo ideário do positivismo para uma forma de pensar por problemas¹⁰⁷, guardando consigo as influências do pensamento tópico¹⁰⁸.

Cabe ressaltar que o cerne da questão não está na mudança de métodos, embora tais mudanças sejam necessárias.

⁹⁸CORTIANO Jr., Eroulths. *Op. cit.*, p. 171.

⁹⁹*Ibidem*, p. 171.

¹⁰⁰Paulo Freire e Ira Shor explicam o “método dialógico”: “[...] o diálogo deve ser entendido como algo que faz parte da própria natureza histórica dos seres humanos. É parte de nosso progresso histórico, do caminho para nos tornarmos seres humanos. [...] o diálogo é uma espécie de postura necessária, na medida em que os seres humanos se transformam cada vez mais em seres criticamente comunicativos. O diálogo é o momento em que os humanos se encontram para refletir sobre sua realidade tal como a fazem e re-fazem. Outra coisa: na medida em que somos seres comunicativos, que nos comunicamos uns com os outros enquanto nos tornamos mais capazes de transformar nossa realidade, somos capazes de *saber que sabemos*, que algo *mais* do que só saber. [...] Através do diálogo, refletindo juntos sobre o que sabemos e não sabemos, podemos, a seguir, atuar criticamente para transformar a realidade (grifo do autor).” *Op. cit.*, p. 122-123.

¹⁰¹FREIRE, Paulo.; SHOR, Ira. *Op. cit.*, p. 123.

¹⁰²*Ibidem*, p. 126.

¹⁰³*Ibidem*, p. 130.

¹⁰⁴Neste sentido, cf.: DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, p. 452; TÁCITO, Caio. *Op. cit.*, p. 329; MELLO FILHO, Álvaro. Ensino e raciocínio jurídicos. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, 25 (1), p. 105-117, jan-jun. 1984, p. 116.

¹⁰⁵DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, p. 454.

¹⁰⁶“O estudo do Direito não deve ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas, com especial atenção às exigências emergentes como, por exemplo, a habitação, a saúde, etc. Os problemas concernentes às relações civilísticas devem ser colocados recuperando os valores publicísticos ao Direito Privado e os valores privatísticos ao Direito Público.” PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 55.

¹⁰⁷MELLO FILHO, Álvaro. *Op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁸“Como modelo histórico de tal procedimento, recomendou Viehweg a tópica à jurisprudência. [...] Nesta conformidade, considera como mistificatória a jurisprudência do século XIX, que procurou inferir de modo lógico-dedutivo decisões de proposições jurídicas construídas por via conceptual, conceitos esses inferidos de alguns conceitos de grau superior (axiomas) e ordenados em sistema. A jurisprudência só conseguiria cumprir a sua verdadeira missão, ou seja, responder à questão de se saber o que é justo em cada caso, aqui e agora, se procedesse topicamente. [...] Mas o que é que entende Viehweg por ‘tópica’? [...] ‘pontos de vista utilizáveis em múltiplas instâncias, com validade geral, que servem para ponderação dos prós e dos contras das opiniões e podem conduzir-nos ao que é verdadeiro’. [...] enquanto o pensamento dedutivo-sistemático procura apreender esse contexto inteligível como um sistema omnicompreensivo, como uma rede de deduções lógicas, o pensamento tópico não abandona o terreno definido pelo próprio problema, insiste sempre no problema, e regressa sempre ao problema”. LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 201-202.

Mister se faz a mudança do modo de pensar o Direito, isto é, a necessidade de capacitar o aluno a exercer um pensamento crítico, apto a propiciar uma releitura, ou ainda a reconstrução dos institutos herdados da civilística clássica. Eis o desafio que se apresenta ao ensino jurídico: dotar o jurista dos valores que devem estar presentes em sua atividade na sociedade atual, tornando-o apto a atuar como um “intelectual crítico”¹⁰⁹ na defesa da pessoa e de seus direitos inalienáveis.

5. Conclusão

Ao questionar a função social do jurista¹¹⁰, Fábio Konder Comparato¹¹¹ constata que, em dois momentos privilegiados da história, os juristas foram autênticos criadores do Direito. Mais precisamente, assim se passou com o labor dos juristas da *jurisprudencia* romana e do chanceler ao formular a *equity* no *common law*¹¹², e indaga: “por que seriam agora incapazes de reexercer esse papel?”

Acreditamos que a resposta a essa questão passe antes de tudo pela construção de um pensamento crítico, do qual deve ser dotado o jurista em nossa sociedade, e que só pode ser veiculado por meio do ensino jurídico. Assim, torna-se imprescindível que, no ensino do Direito Civil, portas que sempre permanecem fechadas sejam abertas, pois a visão que dele se terá, em sua relação com a sociedade, depende de tal abertura. É justamente isso que nos convida a uma reflexão crítica: abrir portas que sempre permaneceram fechadas.

No entanto, tal reflexão leva-nos a outra indagação: é necessário abandonar o ensino da dogmática jurídica? Pode-se responder com base nas argumentações trazidas por Eroulths Cortiano Jr., segundo as quais a dogmática não pode ser suprimida, mas deve se “limitar, quantitativa e qualitativamente, o dogmatismo no ensino jurídico”¹¹³. Eis que não basta formar alunos com perfil tão-somente crítico, assim como também não basta sua formação meramente técnica, revelando-se como insuficiente qualquer ensino que opte por uma dessas vias. É necessária uma dupla

missão: o ensino de um Direito Civil técnico e crítico, já que o jurista que gostaríamos de contribuir a formar não pode estar destituído de sua responsabilidade social.

Nessa perspectiva, ao procurar conferir ao aluno a possibilidade de realizar uma leitura crítica do Direito Civil com o qual estará, no futuro, a operar, é que uma introdução crítica aos seus estatutos fundamentais, enquanto disciplina presente em algumas faculdades de Direito, revela-se importante. Mas se deve advertir que o ensino do pensamento crítico não pode ser “dado”, tal como se as reflexões, que nesse sentido se fazem hoje a respeito do Direito Civil, fossem verdades destituídas de questionamentos, mas sim “construído”, colocando em discussão o papel do educador¹¹⁴. Isso significa que as portas que têm permanecido fechadas no ensino do Direito Civil não devem simplesmente ser abertas pelo professor – é necessário convidar o aluno a abri-las.

Por outro lado, a reflexão crítica que se deve inserir no ensino do Direito Civil, acompanhada da interdisciplinaridade e promovida segundo um “método dialógico”, não pode estar destituída de pensar acerca dos próprios resultados que dela sejam obtidos, como argumenta o professor Luiz Edson FACHIN:

Entre a resistência à transformação e as necessidades que se impõem pelos fatos, o papel a ser exercido, nesse campo, pelos operadores do Direito, poderá antecipar, em parte, aquilo que virá. Nada obstante, não é possível aceitar passivamente os resultados dessa aferição crítica. Essa mesma via há de ser submetida à prova: trata-se de uma renovação por dentro e ao fundo vai, ou são apenas retoques que operam na estrutura do projeto racionalista que fundou as codificações privadas? Essa interrogação sugere pensar se o passo à frente que se esboça é uma mudança efetiva ou tão-só a última fronteira de um sistema moribundo que agoniza, mas ainda não esgotou¹¹⁵.

Creio que somente imbuídos desse espírito poderemos ser

¹⁰⁹AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. In: **O direito**, ano 126, v. I-II, 1994, p. 81.

¹¹⁰Advirta-se que o termo jurista, para esse autor, reserva-se “unicamente ao cientista ou cultor intelectual do Direito, e é nessa acepção que me proponho empregá-lo, doravante, nesta exposição”. Comparato. Função social do jurista no Brasil contemporâneo. **Revista dos Tribunais**, v. 670, ano 80, p. 7-13, ago. 1991, p. 7.

¹¹¹*Op. cit.*, p. 9.

¹¹²“[...] o conjunto do vasto *jus praetorium*, que deu condições de viabilidade e expansão a todo o Direito Privado romano, foi uma criação dos jurisconsultos. Graças a eles, todo o capítulo da responsabilidade civil, estreitamente regulado pela Lex Aquila, foi alargado por meio das ações úteis; [...] movimento semelhante ocorreu no Direito inglês, a partir da Baixa Idade Média. [...] O chanceler, no entanto, passou a conhecer de litígios que não encontravam uma solução justa nos tribunais, lançando mão, para tanto, do princípio da boa-fé, a fim de temperar a rigidez dos precedentes. [...] Tanto em Roma quanto na Inglaterra, portanto, os jurisconsultos souberam desenvolver, a par do seu trabalho tradicional de pesquisa da realidade jurídica, com a classificação de conceitos e a enunciação de princípio, também uma atividade técnico-criativa, com a elaboração de novas soluções e remédios jurídicos para os problemas suscitados pela evolução social.” COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 8.

¹¹³CORTIANO JR., Eroulths. *Op. cit.*, p. 158.

¹¹⁴A esse respeito, deve-se dizer que é necessário despertar o educador como quer Rubem ALVES. Aí sim, no momento em que nos fazemos educadores, faz sentido que os métodos, objetivos e currículos sejam outros. E que se possa construir o direito e formar juristas aptos a cumprir com sua função em sociedade. Mas onde está o educador? Ao procurá-lo, só encontramos professores. Eis, então, a distinção operada pelo autor citado:

“Eu diria que os *educadores* são como velhas árvores. Possuem uma face, um nome, uma ‘história’ a ser contada. Habitam um mundo em que o que vale é a relação que os liga aos alunos, sendo que cada aluno é uma ‘entidade’ *sui generis*, portador de um nome, também de uma ‘história’, sofrendo tristezas e alimentando esperanças. E a educação é algo para acontecer nesse espaço invisível e denso, que se estabelece a dois. Espaço artesanal.

“Mas *professores* são habitantes de um mundo diferente, onde o ‘educador’ pouco importa, pois o que interessa é um ‘crédito’ cultural que o aluno adquire numa disciplina identificada por uma sigla, sendo que, para fins institucionais, nenhuma diferença faz aquele que a ministra. Por isso mesmo professores são entidades ‘descartáveis’, da mesma forma como há canetas descartáveis, coadores de café descartáveis, copinhos plásticos de café descartáveis.” **Conversas com quem gosta de ensinar**. 19. ed. São Paulo: Cortez, 1987, p. 13.

¹¹⁵FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 16.

e contribuir para formar juristas compromissados com a sociedade de seu tempo, aptos a colocar no exercício de sua atuação o Direito “a serviço da vida”¹¹⁶.

6. Referências

- AGUIAR, R. A. R. de. A contemporaneidade e o perfil do advogado. In: CONSELHO FEDERAL DA OAB. **OAB e o ensino jurídico**. Novas diretrizes curriculares. Conselho Federal da OAB, 1996. p. 129-139.
- ALVES, R. **Conversas com quem gosta de ensinar**. 19. ed. São Paulo: Cortez, 1987.
- AMARAL, F. Racionalidade e sistema no direito privado brasileiro. Separata de: **O direito**. Rio de Janeiro, a. 126, n. 1-2, p. 63-81, 1994.
- _____. **Direito civil**. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ARNAUD, A. J. **O direito traído pela filosofia**. Tradução de: Wanda Lemos Kepler. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CAPELLA, J. R. Las transformaciones de la función del jurista en nuestro tiempo. **Crítica Literária – Revista Latino-americana de Política, Filosofía y Derecho**. Curitiba, n. 17, p. 51-69, ago. 2000.
- CARVALHO, O. **Para uma teoria da relação jurídica**. 2. ed. Coimbra: Centelha, v. 1, 1981.
- COMPARATO, F. K. Função social do jurista no Brasil contemporâneo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 670, a. 80, p. 7-13, ago. 1991.
- CORTIANO JR., E. **O discurso proprietário e suas rupturas: prospectiva e perspectivas do ensino do direito de propriedade**. Curitiba, 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná.
- DANTAS, S. T. A educação jurídica e a crise brasileira. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 159, a. 52, maio/jun. 1955.
- DAVID, R. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO. São Paulo: Saraiva, 1977.
- FACHIN, L. E. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. El jurista del mañana y el derecho privado. In: RUBIO, D. S.; FLORES, J. H. et al. (Coord.). **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos** (2001/2002). Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 425-434, 2002.
- FALCÃO NETO, J. de A. O advogado, a cultura jurídica e o acesso ao sistema judiciário. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 272, n. 928-930, p. 41-50, out./dez. 1980.
- FARIA, J. E. **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- FIGUEIRA, E. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989.
- FREIRE, P.; SHOR, I. **Medo e ousadia**. O cotidiano do professor. Tradução de: Adriana Lopez. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- FREIRE, P. **Educação como prática da liberdade**. 22. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.
- GOMES, O. A casta dos juristas. **Revista do Curso de Direito**. Fortaleza, n. 22, a. 1, p. 61-72, jan./jun. 1981.
- _____. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1967.
- _____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Bahia: Universidade da Bahia, 1958.
- _____. Agonia do Código Civil. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 7, p. 1-9, jul. 1988.
- HESPANHA, A. M. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. Portugal: Europa América, 1997.
- LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de: José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969.
- LOPES, J. R. de L. **O direito na história**. Lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo:

¹¹⁶“Numa expressão, o Direito Civil deve, com efeito, ser concebido como ‘serviço da vida’ a partir de sua raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo. Não sucumbir, enfim, ao saber virtual.” FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 15-16.

RT, 1999.

MARQUES NETO, A. R. Reflexões sobre o ensino do direito. In: I SEMINÁRIO NACIONAL DE ENSINO JURÍDICO, CIDADANIA E MERCADO DE TRABALHO, 1995, Curitiba. **Anais...** Curitiba: UFPR, Faculdade de Direito, 1995. p. 19-32.

MELLO FILHO, Á. Por uma revolução no ensino jurídico. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 322, a. 89, p. 9-15, abr./jun. 1993.

_____. Ensino e raciocínio jurídicos. **Revista da Faculdade de Direito**. Fortaleza, n. 25, a. 1, p. 105-117, jan./jun. 1984.

MIAILLE, M. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Moraes, 1989.

NEGREIROS, T. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEVES, A. C. **Digesta**. Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, v. 2, 1995.

OLIVEIRA, J. L. C. de. A liberdade e o ensino jurídico. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, n. 39, a. 11, p. 40-67, jan./mar. 1987.

_____. Por estranho que pareça estudar ainda é preciso. **Revista da OAB/RJ**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 41-53, 2. quadr. 1981.

PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINHEIRO, R. Ensino jurídico na graduação: ainda como nossos pais? Modelo, conformismo e repetição na metodologia do ensino jurídico. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 211-254.

RAMOS, C. L. S. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29.

ROPPO, E. **O contrato**. Lisboa: Almedina, 1994.

TÁCITO, C. O desafio no ensino do direito. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 233, a. 67, p. 327-331, jan./mar. 1971.

TEPEDINO, G. A nova teoria contratual e as relações de consumo. In: _____ [Org.] **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 199-215.

THIBIERGE, C. Enseigner le droit civil à l'aube du XXI^e siècle. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, n. 2, p. 306-313, avril-juin 1998.

WIEACKER, F. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

Artigo 08

Cidadania e Informação — o Conhecimento como Agente de Inclusão na Sociedade Globalizada

de Tais Martins*

1. O conhecimento e a sua utilidade. 2. Educação como matiz de novos horizontes. 3. Poder da escolha. Dimensão do conhecimento das novas tecnologias no acesso a uma cidadania prática. 4. Dignidade humana e globalização. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO: A educação e a inclusão transitam pela seara da informação tecnológica, na qual as informações avançadas – o saber técnico e o saber científico conjugados – são ao mesmo tempo espelho e reflexo de uma realidade.

Palavras-chave: cidadania, informação, educação, direitos fundamentais, globalização, educação, direitos humanos, tecnologia e informação.

“A cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos.”

Hannah Arendt

1. O conhecimento e a sua utilidade

A evolução da sociedade tem apresentado contornos positivos e negativos no âmbito nacional e internacional. A globalização é um meandro que apresenta inclusão e exclusão em mesma medida, mas o oásis do conhecimento é a salvaguarda para dimensionar a aquisição e a garantia dos direitos assegurados pela Constituição Federal.

O conhecimento e a informação são as molas propulsoras para propiciar o parâmetro jurídico e histórico do alcance e acesso à cidadania e à dignidade humana, eis que esse direitos parecem estar ligados às oportunidades de trabalho e de acesso às tecnologias promotoras de desenvolvimento humano.

O primeiro desvendamento dessas palavras está calcado na simplicidade, pois nem sempre o complexo é útil para grande número de pessoas. É preciso equilibrar e redistribuir a informação de forma simples e desvolta de complicadores inúteis. Ao mencionar esse fato, rememorizamos o jargão do acesso amplo e irrestrito à educação, pois a globalização é o mais ambíguo de todos os conceitos, pois “... a mão que afaga é a mesma que apedreja...”.¹ Enquanto globalizada está a informação, o cidadão tampouco ou nada sabe sobre essa “palavra” e, muitas vezes, convencido pela mídia, entende que o fato de saber que existe internet, que ele pode consumir produtos importados, já o tornou uma pessoa

globalizada. E nesse viés questionamos como pode o cidadão estar protegido por um direito que ele teme ou desconhece, uma vez que a justiça comentada entre as classes empobrecidas é a polícia; outrora alguns poucos casos que escapam à esfera da economia informal, viram-se como podem com o “tal” direito do trabalho.

Para os excluídos essas considerações não passam de notícia televisiva – o progresso e o desenvolvimento transitam pelo espaço de uma informação útil – e a realidade da informação globalizada produz novos marginais, ou seja, os analfabetos tecnológicos e os consumidores incautos.

Em síntese, a globalização modificou as formas de aprendizado, mudou as formas de comunicação, ampliou os horizontes educacionais, porém excluiu ainda mais os cidadãos de baixa renda. A sociedade moderna possui um grande nível de mudança, que conduz a um caminho repleto de conflitos, confusões, incertezas. Em função disso, o direito encontra-se num meio social em que as soluções aos problemas promanados daquela parecem não resolver, mas sim criar novos problemas. Entretanto, elencar problemas não é o fito deste artigo, mas sim propor uma reflexão sobre o analfabeto e os direitos a ele assegurados. Nos dizeres de Clémerson Merlin Clève: “ao jurista (enquanto tal) cabe, além de tudo, verificar quais direitos são protegidos (pela ordem jurídica), e de que maneira tal proteção se efetiva”².

*Advogada, Coordenadora do Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito e Professora de Direito Civil – Parte Especial – Das Obrigações, na Faculdade Dom Bosco, curso de Direito. Professora de Instituições de Direito Público e Privado no Curso de Administração na Faesp. Professora de Teoria Geral do Direito Privado no Curso de Direito da Faculdade Radial. Membro do Grupo de Pesquisa da UFPR Virada Copérnico coordenado pelo Prof. Luis Edson Fachin. Mestre em Relações Internacionais – Questões Jurídicas do Mercosul. Mestranda em Direito Empresarial nas Faculdades Integradas Curitiba. Especialista em Direito Civil e Direito Processual e ex-aluna do Curso do Pós-Graduação da Escola da Magistratura do Paraná. Voluntária em programas de Cidadania. Membro da Comissão de Direitos do Consumidor da OAB/PR. Membro do IBRADH e da AJIAL.

¹Versos íntimos. In: ANJOS, Augusto dos. **Obras completas**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1996.

²CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. p. 131.

Os saberes estão cada vez mais fragmentados e a amplitude das proteções não é coerente com a profusão de informações, eis que, como já mencionado: o cidadão desconhece sua condição e as poucas informações que possui estão diluídas num turbilhão de regras e normas que o afastam da proteção e não necessariamente o protegem. Eis que nossa esperança é que a ponte entre o conhecimento e a utilidade desse conhecimento retirem o cidadão da ignorância que o cerca e que a efetividade das normas constitucionais não seja apenas um discurso, mas sim uma garantia e uma ação notória que possa mudar o seio social.

Evidentemente, todo o processo globalizador é alimentado pela autopropulsão do medo, pois a exclusão social é um fenômeno que se tem acelerado dentro de uma nova ideologia capitalista. A sociedade vem sendo dividida entre o ser, o ter e o parecer ter³ e a tecnologia é grande diferencial no processo de garantia de igualdade e no acesso a educação, uma vez que a evolução tecnológica nos apresenta um novo paradigma de inserção social, com a comunicação via celulares, computadores, msn, etc., ferramentas capazes de promover ao mesmo tempo novos problemas sociais, pois somente as pessoas preparadas para transitar em ambientes de novas tecnologias asseguram seus postos de emprego, enquanto a incapacidade, sob o viés da impossibilidade de participar dos novos processos de organização dos ambientes de trabalho, promove um número crescente de desempregados e adeptos (por necessidade) da economia informal – na qual o prejuízo estatal é cada vez mais notório.

Essa reflexão pode ser analisada de forma mais profunda no texto de Vinício Matinez:

O homem tende a ser coisificado, ou seja, programado e formatado à imagem e semelhança das máquinas... Não praticamos um desenvolvimento humanamente sustentável, pois a imposição do domínio da razão maquínica e consumista é brutal e só induz à absorção, não à crítica... Nesse sentido, também podemos dizer que não há ciência ou tecnologias puras, limpas ou boas (por mais que o seu processamento tenha sido “muito razoavelmente ético”), pois as imponderáveis alteram demais a subjetividade decorrente do uso político. Daí que toda ciência e seus aplicativos tecnológicos, no mínimo, servem para minar ainda mais a natureza e dar suporte ao artificialismo: sempre terão algum impacto ambiental. Toda ciência e tecnologia está se tornando poluente da vida e da consciência, além de não ser

sustentável ecologicamente. Porém, a sociedade precisa despertar para a *sustentabilidade tecnológica*, que significa tornar a tecnologia adaptada ao homem e não o contrário”⁴.

A tirania da informação e do dinheiro aponta para o alcance aos meandros tecnológicos como um novo totalitarismo, pois o progresso técnico é aproveitado por pequeno número de pessoas, como nos aponta Milton Santos⁵. A dimensão da inserção ou exclusão social são viés e revés de uma realidade que se distancia conforme a escolaridade e o acesso às novas mídias, bem como o conhecimento sobre estas.

2. Educação como matiz de novos horizontes

O discurso da educação e do aprendizado, a frequência dos filhos nas escolas e o acesso aos cursos de nível superior, entre outros, são motivos de debates constantes e amplos. Nossa análise não se presta, entretanto, à discussão jornalística e com dimensão amazônica do tema, mas sim algo de efetivo e concreto, uma vez que existe direito à educação e direito à cidadania, embora alcançáveis e gozáveis nem sempre perfaça numa explicação singela.

A análise dos fenômenos sociais políticos e jurídicos leva em conta o momento histórico, como nos ensina Karl Larenz e Conrad Hesse⁶, e a forma escolhida pelo intérprete para avaliá-la. O Direito Constitucional vive seu momento de esplendor com a retomada de uma doutrina crítica e com os olhos voltados para a realidade, porém esse ponto positivo é também o calcanhar de Aquiles do meandro estatal, pois as garantias constitucionais ofertadas devem ser asseguradas. A evolução de um país não pode abandonar o desenvolvimento humano e oferecer participação no projeto jurídico exclusivamente de uma litigância interminável no tocante aos direitos sem efetivação. Muito além do ambiente protetivo há a inserção cultural, pois a desigualdade tecnológica via de regra não deve ofuscar os pequenos avanços, mas essas pequenas vitórias não bastam para exterminar o fantasma da exclusão digital.

As considerações trazidas à baila buscam retratar elementos fundamentais para o reequilíbrio social e o alcance da democracia, que ultrapassam o uso corriqueiro da cidadania de “palanque” de “discurso político”, em prol de uma cidadania inclusiva por meio da informação – o direito a usufruir direitos e até mesmo de conhecê-los. Afinal, não é possível exigir uma mudança de postura e as garantias constitucionais quando o sujeito de direitos não sabe ao menos o que é ser sujeito de direito.

³CORTIANO, Eroulths. Palestra da I Semana de Iniciação Científica da Faculdade Dom Bosco, out. 2005.

⁴MARTINEZ, Vinício C.; MUCHERONI, Marcos Luiz. Estado-Ciência e biossegurança. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 898, 18 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7693> Acesso em: 27 fev. 2006.

⁵SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. São Paulo: Record, 2001.

⁶LARENZ, Kart. *Metodología da ciencia do direito*, 1997, p. 285 ss.; e HESSE, Honrad. *Escritos de derecho constitucional*. 1983, p. 44: “El intérprete no puede captar el contenido da la norma desde un punto cuasi arquímédico situado fuera de la existencia histórica sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra, cuya plasmación ha conformado sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus pre-juicios”.

Vista de forma inclusiva, a democracia leva necessariamente à reconstrução do conceito de cidadania, no qual há uma superação do que Müller chama de povo ativo, que restringe o conceito de povo a cidadão-eleitor⁷. De outro vértice as novas formas de escravidão podem ser redimensionadas – “o direito do trabalho já se reduz ao direito de trabalhar pelo que querem te pagar e nas condições que querem te impor. O trabalho é o vício mais inútil. Não há no mundo mercadoria mais barata do que a mão-de obra”⁸.

A sociedade moderna possui grande nível de mudança, o que conduz a um caminho repleto de conflitos, confusões, incertezas. Em função disso, o direito encontra-se num meio social em que as soluções aos problemas promanados daquela parecem não resolver, mas sim criar novos problemas. Elencar problemas, entretanto, não é o fito deste artigo, mas sim propor uma reflexão sobre o analfabeto e os direitos a ele assegurados.

As hipóteses elencadas sobre educação, trabalho e cidadania estão ligadas de forma direta, pois as conseqüências sociais, políticas e culturais não podem ser dissociadas.

A dignidade da pessoa⁹ é o limite primeiro dos direitos humanos, pois a comercialização de bens e valores é fruto da necessidade humana. O desequilíbrio entre os sujeitos, entretanto, sugere muito mais diferenças do que igualdades, uma vez que a lei da maior valia só pode ser mitigada pela educação, e a estrutura de conhecimento será o ponto de equilíbrio entre a necessidade e a usurpação.

A educação deve ser observada além dos muros das referências bibliográficas, pois trata de uma pacificação social¹⁰ na qual a informação está correlacionada à dignidade da pessoa humana, à boa-fé e ao cumprimento das responsabilidades humanas¹¹, além da inserção dos indivíduos no mercado de trabalho. No mesmo diapasão da responsabilidade estatal está a responsabilidade pessoal de desenvolvimento, pois, como afirmamos, a questão do analfabetismo tecnológico permeia também os muros das instituições de Ensino Superior.

3. Poder da escolha. Dimensão do conhecimento das novas tecnologias no acesso a uma cidadania prática

Os caminhos abertos são muitos – eis que a dignidade humana e a cidadania são bagagem necessária no desvendamento dos horizontes para a aplicação do direito através da educação.

O direito não pode e não deve ser uma utopia livresca, pois sua responsabilidade é uma ação constante, tendo sua história como amparo para que os erros já cometidos sirvam de aprendizado e não de justificativa para novos erros. O encarceramento das idéias é inútil. Por essa razão, destacamos nessa breve exposição que a informação deve ser útil – eis que palavras são diferentes de ações. Ao cidadão essa informação é a mola propulsora da busca de seus direitos, sejam eles públicos, privados, individuais ou coletivos. Eis que o nosso regramento maior está nas coisas que devemos fazer e nas ações que devemos omitir.

Conforme sustenta a Professora Marilda Behrens, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná:

Para que professores e estudantes participem de comunidades virtuais de aprendizagem é necessário. “[...] o desenvolvimento de novas habilidades ou talentos que incluem a fluência tecnológica, a capacidade de resolver problemas e os ‘3 c’s’ – comunicação, colaboração e criatividade. [...] indispensável ao novo profissional esperando para atuar na sociedade do conhecimento.”¹²

A exclusão social é um fenômeno que se tem acelerado na nova ideologia capitalista, e a globalização em muito tem contribuído para esse estado de coisas. Diante do processo de fragilização da democracia e do direito, em razão da equivocada inversão de valores e dos interesses pessoais de cada indivíduo, as garantias sociais ainda não conseguem propiciar fortalecimento na medida e na dimensão das desigualdades propiciadas pela globalização, que inclui e exclui o sujeito de direito de forma a não encontrar no ordenamento jurídico uma saída breve para essa profusão de valores desconexos. Ademais, a esfera penal, em seu arcabouço punitivo, não pode arrebatar indivíduos e ressocializá-los a partir de uma realidade inexplicável. O controle social punitivo enfrenta a hiperinflação legislativa penal – ou seja, o Estado, ao não ofertar a inclusão social através dos meios de comunicação, é aviltado por um sistema de informação prisional ágil e eficiente que comercializa armas e forma bacharéis, e para que essa realidade não seja discutida inova as regras de um mesmo jogo: o da impunidade e da exclusão social. Para concluir, destacamos que a programação condicional do direito

⁷MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 55-58.

⁸GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar – A escola do mundo avesso*. Porto Alegre: L&PM, 2005, p. 169.

⁹MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da.; SANTOS, Willian Douglas Resinente dos. *Direito constitucional*. p. 21: “O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro da ordem jurídica, conferindo unidade teleológica e axiológica a todas as normas constitucionais. O Estado e o Direito não são fins, mas apenas meios para a realização da dignidade do homem, que é o valor-fonte do ordenamento, segundo Miguel Reale. O conceito de pessoa humana subjacente à nossa ordem constitucional concilia as dimensões individual e coletiva do homem. O homem tem valor superior ao do Estado e deve ser situado no tempo e no espaço a fim de serem atendidas suas necessidades concretas, as quais não se esgotam na limitação daquilo que o Estado não pode fazer. O princípio da dignidade humana ajuda como critério material para fazer a ponderação de interesses, mas, enquanto princípios não se sujeita a ele mesmo e a ponderações”.

¹⁰Na concepção Aristotélica sobre o homem, a convivência em sociedade só é possível dadas as regras de conduta estabelecidas pelo seio social e regulamentadas pelo direito. Ao utilizarmos a expressão pacificação social voltamos essa identificação ao equilíbrio das relações entre pessoas e na segurança na transmissão de bens propiciada pela esfera do direito obrigacional.

¹¹MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. p. 25.

¹²BEHRENS, M. A. Projetos de aprendizagem colaborativa num paradigma emergente. In: MORAN, J. M.; MASSETO, M. T.; BEHRENS, M. A. *Novas tecnologias e mediação pedagógica*. Campinas: Papyrus, 2000.

tornou-se insuficiente no quesito da pacificação social diante da globalização. Eis que a construção das normas jurídicas não consegue acompanhar a profusão de litígios propiciados pelas relações humanas. Apontamos para o fato de que a globalização não significa o fim do Estado, mas exige dele uma reorganização de forma a redefinir suas funções.

4. Dignidade humana e globalização

A dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, fornece ferramentas para a redução das injustiças cometidas nos diversos níveis sociais, culturais e econômicos. Os parâmetros sociológicos devem ser observados, pois a população brasileira é heterogênea. Além disso, são evidentes as diferenças entre regiões geográficas, bem como diferenças no trato político-social, e o parâmetro de proteção do indivíduo encontra respaldo na dignidade humana através da educação e da preparação do indivíduo para seus projetos pessoais.

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos¹³.

Com esse princípio é possível reduzir esses problemas, tornando-o fundamento para teses sociais que objetivem, no campo científico-tecnológico ou no viés sociocultural, a consecução de um fundamento de toda República. E o bem comum continua sendo a finalidade maior do Estado, porém cabe destacar que o sujeito de direito desconhece a acepção do termo cidadania. E a educação de qualidade, seja ela pública, seja privada, deve ser matriz propulsora de uma nova globalização, que deve começar pelo acesso à informação de qualidade e aos mais variados meios e meandros de educação, pois independentemente de o conceito de cidadania não ser delimitado num único viés, essa educação

propicia a cidadania e a inclusão do indivíduo com igualdades de condições e com discernimento suficiente para escolher entre a marginalidade e a inclusão.

Eis uma análise sobre o conceito de cidadania que comprova tal afirmação:

O conceito de cidadania, entretanto, tem sido freqüentemente apresentado de uma forma vaga e imprecisa. Uns identificam-na com a perda ou aquisição da nacionalidade; outros, com os direitos políticos de votar e ser votado. No Direito Constitucional, aparece o conceito comumente relacionado à *nacionalidade* e aos *direitos políticos*. Já na Teoria Geral do Estado, aparece ligado ao elemento *povo* como integrante do conceito de Estado. Dessa forma, fácil perceber que no discurso jurídico dominante a cidadania não apresenta estatuto próprio, pois, na medida em que se relaciona a estes três elementos (nacionalidade, direitos políticos e povo), apresenta-se como algo ainda indefinido¹⁴.

A despeito dessa mobilização e movimentação para a concretização do Estado Democrático de Direito, persiste um distanciamento entre os marcos normativos e a realidade da maioria da população brasileira. O contexto nacional, historicamente, tem se caracterizado por desigualdades e pela exclusão econômica, social, racial e cultural, decorrentes de um modelo de Estado fundamentado na concepção neoliberal, no qual as políticas públicas priorizaram os direitos civis e políticos, em detrimento dos direitos econômicos, sociais e coletivos. Essa realidade reflete enorme concentração de riqueza fazendo o Brasil apresentar, hoje, no quadro internacional, uma das maiores desigualdades de renda do mundo.

5. Conclusão

Para breve conclusão, tomamos coro de uma citação já utilizada em artigo anterior – eis que não refletimos a solução de conflitos por meio da ampliação da produção das normas jurídicas, mas sim por uma norma eficiente e eficaz na salvaguarda dos direitos humanos em qualquer de suas facetas.

Nas palavras de Luiz Edson Fachin¹⁵,

(...) o direito é mais aplicação – e isso pode diminuir a segurança jurídica em contraponto com a segurança jurídica – porém acaba por resolver a complexidade das relações sem a banalização e sem a ignorância do aprofundamento dos termos.

¹³MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo : Atlas, 2002. p. 50.

¹⁴NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*, p. 173.

¹⁵FACHIN, Luiz Edson. Em palestra ministrada no “Simpósio Nacional de Direito Constitucional”, Curitiba/PR, 6 out. 2004.

Ou seja, o *homo medius* não será o único liame de reflexão sobre as questões que versam sobre os direitos humanos, pois a efetividade das regras está na mesma medida de sua compreensão e acatamento no patamar jurídico. E, ao mencionar termos fartos e essenciais ao movimento pessoal e comercial pertinentes às nossas relações nacionais e internacionais, destacamos que um povo possui maior representatividade pelo seu poderio econômico e pela educação de seu povo. Em nosso país, educação e cidadania assumem o ponto nevrálgico dos conflitos agravados pela inabilidade do Estado em suportar sua oferta de igualdade.

Por tudo exposto, é de ver-se que existem princípios outros a nortear o processo da educação globalizada, pois a informação mundializada não penetra em todos os veios sociais – o que importa não são as identidades culturais, mas a forma como elas sobrevivem e a preservação da identidade nacional ladeada por um processo evolutivo.

Nos dizeres de Aires José Rover:

O maior bem decorrente do progresso tecnológico não deve estar apenas em resolver problemas materiais da humanidade, mas sim em permitir que a sociedade pense por si mesma suas dificuldades, de maneira minimamente autônoma. Recria-se permanentemente a cena pública, e com ela o espaço privado. Portanto, o progresso técnico não é em si um mal nem um bem, mas um instrumento para o desenvolvimento humano em geral. A sociedade em seu papel de arauto e defensora dos valores humanos deve construir mecanismos que não permitam o abuso de poder técnico daqueles que são exatamente os depositários de sua confiança. A nova cidadania exige senso de responsabilidade e comprometimento com a humanidade, bem como compromisso técnico-político que enseje a consciência dos perigos e das vantagens que o progresso proporciona. A razão instrumental que serve a um projeto de dominação deve ser posta a serviço da emancipação do homem, buscando integrá-lo numa totalidade. Caso contrário, em vez de caminhar-se para uma democracia, a queda ao totalitarismo poderá ser inevitável, agora vigorosamente sustentado e legitimado pela tecnologia¹⁶.

A globalização e a educação, paradigmas da sociedade moderna, convivem com a exclusão digital, ou seja, o viés e o revés da evolução. O perigo da feudalização dos meios de comunicação e a veiculação de matérias incompatíveis com o princípio da dignidade humana só podem ser evitados mediante um processo de

educação mais fecundo e preocupado com o conceito de cidadania que ultrapassa o voto – e abarca aqueles indivíduos que tampouco sabem o que vem a ser a globalização.

A história humana é a história das lutas para a aquisição do conhecimento, pois interpretá-lo e dominá-lo é a chave que nos liberta da prisão da ignorância. O homem tem a responsabilidade de interpretar o que o cerca para que o seu crescimento seja reconhecido. Na globalização, sociedade tem a ver com comunicação. A globalização tem a ver com o espetacular envolvimento dos meios de comunicação. E, de alguma maneira, a globalização não é um processo de exclusão; ao contrário, a globalização é um processo de inclusão forçada segundo as palavras do Prof. Leonel Severo Rocha em palestra ministrada na Universidade Federal de Santa Catarina em 2005.

E amplia essa análise:

Nesta linha de idéias, estou dizendo que se fala tanto em direitos humanos desrespeitados na globalização, exatamente porque os meios de comunicação estão muito mais desenvolvidos e, logicamente, isso produz uma universalização natural de qualquer problemática. Os direitos humanos, em princípio, graças à globalização, adquirem uma generalidade, uma universalidade, que nunca tiveram até então. Quer dizer que, em todos os lugares, pode-se reivindicar direitos que estavam mais localizados nos países de onde eles são originários (França, Estados Unidos), países onde existiram as famosas revoluções democráticas. Ou seja, graças à globalização, a reivindicação, a cobrança desses direitos torna-se ainda mais forte. Quando falo em cobrança de direitos, não estou dizendo eficácia de direitos, que é uma outra questão (que também nos interessa muito). Mas, se não há consciência dos direitos e de sua possibilidade e da necessidade da reivindicação, é claro que não haverá a prática. A globalização universaliza toda essa problemática. Paradoxalmente, a globalização permite uma maior crítica social. Assim, a verdadeira questão é a seguinte: a globalização coloca inclusão, inclusão forçada.

O analfabeto digital, o programador de *e-commerce*, o desempregado, o economista, o administrador, o contador, o advogado, enfim, todos os profissionais, assim como a dona de casa, as crianças e os adolescentes sentem a globalização mesmo sem entendê-la. E a televisão é uma das formas mais singelas de comprovação do processo de engendramento das pessoas em razão da informação ou reprodução massificada. O analfabetismo

¹⁶ROVER, Aires José. *Ensaio sobre as limitações da revolução tecnológica diante da construção da cidadania*. Disponível em: <<http://busc legis.ufsc.br>> Acesso em: 20 mar. 2006.

tecnológico é uma praga que promove o assolamento das consciências e a ignorância das realidades mais simples. Ao propiciar acesso à informação, o sujeito de direito passa a ser cidadão, tendo consciência da situação de desigualdade e instabilidade social em que está mergulhada a sociedade brasileira. E percebe que não é possível viver à margem dos recursos mínimos capazes de possibilitar um viver digno. Com essa crença, a questão dos direitos humanos, por meio da leitura constitucional e humanística, diz respeito à intervenção de um Estado democrático de Direito para assegurar a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões e para todas as classes sociais.

6. Referências

- BARROSO, L. R. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro** – Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Temas de direito constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. **Direito constitucional brasileiro: o problema da federação**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BEHRENS, M. A. Projetos de aprendizagem colaborativa num paradigma emergente. In: MORAN, J. M.; MASSETO, M. T.; BEHRENS, M. A. **Novas tecnologias e mediação pedagógica**. Campinas: Papirus, 2000.
- BEHRENS, F. **A assinatura eletrônica como requisito de validade dos negócios jurídicos e a inclusão digital na sociedade brasileira**. Curitiba, 2005. 134 p. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BONAVIDES, P. **Teoria do estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BREGA FILHO, V. **Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico de expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CÁRCOVA, C. M. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998.
- CLÈVE, C. M. **Temas de direito constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FACHIN, L. E. **Teoria crítica do direito civil**. São Paulo: Renovar, 2004.
- FACHIN, Z. **Direito constitucional**. Londrina: IDCC, 2006.
- FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FORRESTER, V. **O horror econômico**. 4. reimpressão. Tradução de: Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 1997.
- GALEANO, E. **De pernas pro ar – A escola do mundo avesso**. Porto Alegre: L&PM, 2005.
- GILLISSEN, J. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

- GIOSTRI, H. T. **O erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Curitiba: Juruá, 2004.
- _____. **Responsabilidade médica**. Curitiba: Juruá, 2002.
- HESSE, K. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Portugal: Calouste Gulbekian, 2005.
- LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- MARANHÃO, C. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MÜLLER, F. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1988.
- PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ROTHENBURG, W. C. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- ROVER, A. J. **Ensaio sobre as limitações da revolução tecnológica diante da construção da cidadania**. Disponível em: <<http://buscalegis.ufsc.br> em 2000> Acesso em: 20 mar. 2006.
- STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- TEPEDINO, G. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. **Código civil interpretado**. São Paulo: Renovar, 2004. v. I, Parte Geral.
- _____. **Diálogos sobre direito civil**. São Paulo: Renovar, 2002.
- _____. **Problemas de direito civil-constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000.
- _____. **Temas de direito civil**. São Paulo: Renovar, 2004.
- TELLES JUNIOR, G. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2006.

Artigo 09

Supranacionalidade no Mercosul: Desafios e Dilemas para Novos Tempos!

de Wagner Rocha D'Angelis*

1. Introdução. 2. Intergovernabilidade do modelo e soberanias nacionais do Mercosul. 3. Soberania e supranacionalidade na ordem constitucional dos países do Mercosul. 3.1. Breve análise das constituições dos demais sócios fundadores do Mercosul. 3.1.1. Caso argentino. 3.1.2. Caso paraguaio. 3.1.3. Caso uruguaio. 3.2. Óbices no ordenamento jurídico brasileiro. 4. Estrutura definitiva do Mercosul: busca da supranacionalidade. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO: Numa sociedade internacional em mudança, em que a globalização da economia e a formação de blocos se impõem como novos paradigmas, deu-se a criação do MERCOSUL, teoricamente projetado para tornar-se um *mercado comum*. Apesar dos resultados auspiciosos que se lhe apontam, notadamente em relação ao cenário americano, constata-se que, para o MERCOSUL exceder a dimensão econômica (especialmente comercial), à qual sempre convergiram os esforços integracionistas dos seus Estados-Partes, e promover o *upgrade* da inserção internacional de seus sócios concomitante com a inclusão social de suas populações, torna-se imprescindível o aperfeiçoamento de sua estrutura institucional, torna-se indispensável a reforma parcial das Constituições dos Estados-Membros – em sintonia com as mais avançadas concepções de soberania nacional –, faz-se premente e necessária a conformação de uma instância judicial obrigatória e permanente, além da adoção de critérios de supranacionalidade em sua constituição orgânica. Essas medidas passaram a ser ainda mais urgentes em razão do relativo esvaziamento do modelo, após os recentes desacertos agravados com a crise econômica que ainda asfixia a Argentina, em detrimento dos objetivos maiores do bloco. Nesse contexto, é possível que, com base na experiência da *integração comunitária européia* e indispensável vontade política dos governos-partes, confirmem-se novos ou revisados meios e mecanismos garantidores de uma verdadeira comunidade do MERCOSUL.

Palavras-chave: Mercosul, mercado comum, soberania, órgãos intergovernamentais, supranacionalidade, integração comunitária.

1. Introdução

Passados treze anos da criação do MERCOSUL, forças endógenas e exógenas interagentes, a enlevar seus países-parceiros nos últimos anos, ainda parecem toldar os horizontes de uma promissora perspectiva de construção daquilo que pode ser o segundo mercado comum do planeta. Aliás, para que isso se torne realidade, em mantidos os compromissos emanados do Tratado de Assunção (26.03.1991), o bloco mercosulista¹ deverá, inclusive, proceder a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos (capital e trabalho), etapa a ser atingida hipoteticamente ao término do processo de convergência da tarifa externa comum (TEC), que alguns setores chegaram a imaginar para 2006. Uma estimativa que, pelas circunstâncias sub-regionais, pode estar sendo cada vez mais relegada ao exercício da futurologia!

Observe-se, aliás, que consoante ao que dispõe o Tratado de Assunção (TA), sobre o qual se edifica o MERCOSUL, a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai, *founding fathers*

desse empreendimento que já envolve o Chile, a Bolívia e o Peru enquanto associados, deverão concretizar, quando do término do processo de convergência da TEC, a etapa que se espera para o avanço do modelo, que vem a ser o “mercado comum”. Essa é uma meta mais ousada, até agora só alcançada pela União Européia, e que subentende, muito mais que o aperfeiçoamento instrumental da integração econômica, fortes ingredientes políticos e sociais no âmbito do processo, já citados. Do que se depreende que a dimensão comunitária do bloco ainda está para ser feita, o que vem inclusive exigindo dos estudiosos do Direito a definição dos remédios mais eficazes nessa direção.

Diante dessas circunstâncias, as grandes preocupações atuais acerca do MERCOSUL cingem-se a descobrir qual seria a estrutura institucional mais adequada para a sua continuidade e quais os obstáculos à sua implementação definitiva, o que envolve o debate em torno de sua composição orgânica, dos instrumentos e princípios jurídicos a serem empregados e do sistema decisório

*Autor: Wagner Rocha D'Angelis é formado em Direito e em História, jurista especializado em Direito Internacional e Direito da Integração, Mestre e Doutorando em Direito (USP/UFPR), Professor universitário (UTP, FIC e Unicenp), Presidente da Associação de Juristas pela Integração da América Latina (AJIAL). E-mail: dangelis_ajial@uol.com.br

¹Utilizamos a palavra *mercosulista* como adjetivo de MERCOSUL, embora alguns autores empreguem a expressão *mercosulino*, enquanto outros preferem *mercosuliano*.

sobre conflitos a ser adotado, contrapondo-se aqui a estratégia cautelosa do institucionalismo governamental (a passos lentos e controles excessivos) diante da proposta do institucionalismo supranacional, com ênfase ao papel de instâncias e agentes independentes da burocracia estatal e seus interesses localizados. Nesse contexto, cabe indagar, dentre outros aspectos: 1. A implementação de um mercado comum, instância derradeira preconizada pelo TA para o MERCOSUL, poderá ser alcançada sem compreender instituições decisórias e, inclusive, órgão jurisdicional, dotados do requisito da supranacionalidade, e mesmo sem garantir-se a primazia de um direito comunitário sobre as respectivas ordens nacionais, situações estas encontráveis no espaço comunitário europeu?; 2. Os ordenamentos jurídicos dos países mercosulistas, particularmente do Brasil, preferencialmente centrados em visões tradicionalistas de soberania “indivisível”, ao revés do “compartilhamento” que coroou a experiência europeia, representam um fator impeditivo da modelagem de uma integração efetivamente comunitária no Cone Sul americano?

Buscar responder, ainda que sucintamente, a tais questões é o escopo deste ensaio, cujo tratamento, por certo, não escapa de certas características polêmicas que permeiam a matéria.

2. Intergovernabilidade do modelo e soberanias nacionais do Mercosul

Às portas do novo milênio, o MERCOSUL encontra-se numa encruzilhada existencial: ou opta pelo salto de qualidade que seu tratado constitutivo anuncia e que os novos tempos estão a exigir, adotando instituições comunitárias de tipo supranacional, ou teima em continuar atrelado às fórmulas obsoletas – que se mostraram insuficientes e decepcionantes nos casos da ALALC e da ALADI – da intergovernabilidade e da soberania intangível. Em outras palavras, o desafio do MERCOSUL, em nome de sua evolução política e projeção econômica num mundo universalizado, refere-se à transição para uma ordem jurídica comunitária que a maior parte dos estudiosos do tema entendem deva inspirar-se, principalmente, no protótipo integracionista europeu e, até mesmo, na sua inicial versão andina.

Observe-se, porém, que não obstante uma aceitação em tese por parte de vários setores da elite dos países-membros dos pressupostos da construção comunitária – como a cessão de soberania em certas áreas, a delegação ou transferência de determinados poderes, a limitação voluntária da vontade soberana dos Estados, a convergência das políticas econômicas, a harmonização do direito –, na prática pouco se avançou em termos de internacionalização efetiva das economias ou de uma ativa e reverenciada interdependência entre os parceiros da sub-região. Na verdade, não só não temos um ordenamento jurídico comunitário no MERCOSUL, como sequer estamos perto de contarmos ao

menos com a harmonização legislativa compromissada pelos Estados signatários do Tratado de Assunção.

Isso nos remete, aqui, a uma breve ilustração. É justamente a natureza intergovernamental, caracterizadora do processo mercosulista, o ingrediente a que se recorre para afirmar que as normas que dele emergem não constituem propriamente uma jurisdição supranacional. Para que assim fosse, tal qual ocorre na União Europeia, seria necessário contar com órgãos autônomos (distintos da representação dos Estados-Partes) e com as atribuições de competência apropriadas ao papel que se convencionou dotá-los, além da eficácia direta das normas no direito interno.

Ao que tudo indica, em que pese o retorno econômico já proporcionado e a concordância geral de que a soberania nacional deve ser amenizada ou diminuída à medida que se implanta o mercado comum, o entrave básico a uma vivência comunitária neste pedaço do globo consiste na visão estrábica, reacionária até, dos países do bloco quanto ao tema da soberania, e, conseqüentemente (mais para o Brasil e Uruguai), nas incompatibilidades presentes nos textos constitucionais em face dos princípios e mecanismos comunitários – e seus naturais efeitos na formação da normativa mercosulista. Aliás, somente na medida em que os direitos nacionais – especialmente os estampados nas respectivas Constituições – possibilitarem a integração plena, acima do cooperativismo tão ao agrado dos “mercocratas”, é que nascerá a Comunidade que alavancará o desenvolvimento dos povos envolvidos.

Nesse particular, alguns autores consideram acertada a opção momentânea dos parceiros por estruturas do tipo intergovernamental (sob a regra da unanimidade das decisões), sem necessidade por ora de se recorrer ao modelo europeu, considerando que enquanto não houver ainda a livre circulação de pessoas (físicas e jurídicas) e de serviços, tampouco a implantação definitiva da TEC, os demais objetivos podem ser alcançados por meio da coordenação de medidas administrativas e da harmonização das legislações individuais.

Mas se esquecem, entretanto, de que numa organização dotada de instituições exclusivamente intergovernamentais, como é o caso do MERCOSUL, o processo de produção do direito equipara-se ao Direito Internacional clássico, com as conhecidas dificuldades operacionais quando do confronto de suas normas com as regras da ordem interna, conforme veremos adiante. Além disso, a integração econômica, objetivo maior do bloco, exige a harmonização progressiva das legislações nacionais, o direito harmonizado, a sua interpretação uniforme – e esta, uma jurisdição supranacional. E, convenhamos, o passo primário, que é a harmonização legislativa, tem merecido muito discurso e pouca prática no processo integrador de origem platina.

Sobre o tema, observe-se que a Comunidade Europeia encontrou a melhor fórmula para efetivar a harmonização do

conjunto legislativo dos Estados-membros. O artigo 189 do Tratado constitutivo (1957) criou um instrumento normativo para obrigar aqueles países (são 25, desde 1.05.2004) a atingir tal resultado comum: a *diretiva*², a qual gera uma obrigação de resultado, pois o Estado destinatário deve executar o ato normativo, no prazo estipulado, de modo a obter a harmonização.

Já o artigo 1º do TA menciona o compromisso das Partes em harmonizar suas legislações (nas áreas pertinentes), mas não criou nenhum mecanismo para tanto. Logo, eventuais decisões do órgão superior do MERCOSUL (o Conselho – CMC) somente podem ser aplicadas nos respectivos países quando cada um deles as tiver aprovado e introduzido (recepcionado) em seu ordenamento jurídico. E, mais especificamente no caso brasileiro, ainda estamos às voltas com o dualismo³ em matéria de eficácia das normas internacionais, inclusive quanto aos tratados, situação que leva o Brasil a adotar a norma externa numa hierarquia deveras comprometedora – em se pensando na integração e, mesmo, no respeito às convenções internacionais –, ao colocá-las em situação de igualdade com a norma interna ordinária que, inclusive, pode ser derogada por legislação local mais recente.

Por outro lado, o Protocolo de Ouro Preto, enquanto marco da estrutura “definitiva” do fenômeno MERCOSUL, impõe por meio do seu artigo 38⁴ uma obrigação de recepção, pois os Estados-Partes assumem a responsabilidade pela adoção das medidas necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas dos órgãos mercosulistas que tenham capacidade decisória (CMC, GMC e CCM). Há, ainda, todo um ritual burocrático, via Secretaria Administrativa do MERCOSUL, que, após aguardar a informação de que os quatro países executaram as medidas necessárias para a validade interna das normas integracionistas, deve comunicar os fatos a cada um dos governos-partes, condição *sine qua non* – decorrido ainda um prazo de 30 dias – para que elas passem a vigorar em toda a sub-região (POP – artigo 40).

Porém, no caso de um Estado não cumprir a obrigação de internalização, é bastante provável que essas normas permaneçam inaplicáveis ou tenham a aplicação postergada, o que implicará em morosidade e retardamento na formação do mercado comum. Esse tipo de atitude não ensejará qualquer sanção ao Estado violador, em que pese ser o descumprimento desse tipo de obrigação (de incorporação ao direito interno) um fato ilícito internacional. Aliás, as controvérsias estatais nesse campo se enquadram num

processo complexo, que exige a regra do consenso entre os parceiros, inclusive do infrator. Se não houver solução satisfatória com tal expediente, resta o recurso à arbitragem, o que, de resto, os Estados pouco têm utilizado – e no caso do MERCOSUL com mais razão, porque o não-cumprimento do laudo pode ocasionar apenas a adoção de medidas compensatórias temporárias, de eficácia pouco provável⁵.

Como se sabe, esse método de produção jurídica mercosulista – decisões do Conselho, resoluções do Grupo e diretrizes da Comissão de Comércio – gera normas de efeito obrigatório para os Estados-Partes, mas não propicia a criação de atos com efeito propriamente normativo. Os atos dos órgãos decisórios do MERCOSUL estão sujeitos ao processo de recepção para que se tornem preceitos legais integrantes dos respectivos ordenamentos jurídicos, o que é regulado pelo direito interno de cada país e pelo POP. Como exceção à regra, prescinde-se da recepção na hipótese em que a norma de que se cogita já esteja disciplinada na jurisdição local. Em síntese, o artigo 42 do POP⁶ estabelece: a) uma simples obrigação de meios, posto que a obrigatoriedade das normas reside na sua implementação, que será imediata apenas se preexistirem os instrumentos e competências adequados no ordenamento de cada Estado; b) um processo de produção de normas jurídicas sem autonomia, pois as regras criadas pelos órgãos decisórios, inegavelmente internacionais, precisam ser convertidas em direito interno (com a exceção citada!) pelos mecanismos estabelecidos nas Constituições dos Estados-membros, como qualquer tratado.

Extremamente pertinente, neste ponto, o correto posicionamento de Pedro Dallari: *Na estrutura atual do MERCOSUL, as deliberações emanadas de suas instâncias não se constituem, por si só, em normas jurídicas em sentido estrito, mas, sim, em determinações políticas que vinculam os Estados-Partes à promoção de adequações nos respectivos ordenamentos jurídicos internos*⁷.

Tal circunstância, decorrente da opção dos Estados signatários do TA em não transferir nenhuma parcela de suas competências legislativas para um ou mais órgãos do mercado comum em formação, seguramente tolhe (em conteúdo e prazo) a harmonização das legislações do bloco. O que nos leva a concordar com Werter Faria quando assevera:

A ausência de qualquer grau de supranacionalidade

²A *diretiva* obrigará o Estado-membro destinatário com relação ao resultado visado, deixando, todavia, às autoridades nacionais a escolha da forma e dos meios. (CE, art. 189 – Tratado de Roma)

³Para os *dualistas*, a norma internacional só tem validade após recepcionada pela ordem jurídica nacional; enquanto nesta sobressai o conceito de subordinação, na ordem internacional a coordenação é que rege as relações entre as diversas soberanias.

⁴Reza o art. 38: *Os Estados-Partes comprometem-se a adotar todas as medidas necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL previstos no artigo 2 deste Protocolo.* (POP – 1994)

⁵Essas medidas compensatórias, consoante o artigo 22 do Protocolo de Brasília, podem ser a *suspensão de concessões ou outras equivalentes*.

⁶Artigo 42 – *As normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL previstos no artigo 2 deste Protocolo terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país.* (POP – 1994)

⁷DALLARI, Pedro. *O MERCOSUL perante o sistema constitucional brasileiro*, p. 12.

*para a constituição do MERCOSUL impede que a harmonização das legislações se processe mediante a adoção de normas completas, como as dos regulamentos das instituições da Comunidade Européia, que se incorporam e aplicam nos ordenamentos nacionais independentemente de recepção, ou de normas que apenas necessitam de desenvolvimento pelos Estados-membros destinatários, como as diretivas. A natureza das normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL não coincide com a das produzidas pelo Conselho e pela Comissão da Comunidade Européia, mas equivale à dos acordos internacionais*⁸.

Acontece que, prisioneiros da concepção dualista e não tendo captado – ou tendo propositalmente evitado – o alcance profundo e estruturalmente novo do processo de integração, os Estados-Partes acreditaram resolver esses e outros problemas jurídicos por meio de soluções clássicas do Direito Internacional. Especificamente com relação às normas suscitadas pela entidade mercosulista, o método consagrado no POP possui inúmeras desvantagens, ante a ausência de princípios como da aplicabilidade direta e da primazia das normas supranacionais, principalmente em caso de conflito com a ordem interna, já que as regras externas não prevalecem sobre o direito pátrio, podendo ser abolidas ou alteradas e, inclusive, receber interpretações diferentes pelos juízes e tribunais dos Estados associados.

Há que se ter em mente que tais soluções clássicas, dentre as quais o procedimento imposto pelo artigo 42 do POP, se assentam no expediente inadequado da retenção da soberania dogmática a todo custo, quando no direito da integração se faz necessário admitir a possibilidade do desmembramento parcial da soberania. Isso, por extensão, significa dotar o MERCOSUL de uma estrutura institucional compatível com uma verdadeira integração, repassando-se certas competências e funções a autoridades ou órgãos supranacionais, um deles sendo o Tribunal de Justiça Permanente, bem como conformando-se os direitos internos (inclusive pela ação desse mesmo Tribunal) às finalidades últimas do modelo – o que importa, igualmente, em reverenciar-se um direito próprio do bloco econômico, o direito comunitário.

Essa mudança, que grande parte dos doutrinadores entende deva iniciar-se sem mais delongas, está a exigir dos parceiros assuncenos (fundadores ou associados) uma nova visão de soberania, reformas constitucionais pertinentes e o reaparelhamento funcional do modelo.

Os acólitos da concepção “estatólatra”⁹ do direito,

especialmente se brasileiros, costumam justificar a “transitoriedade” do processo mercosulista apontando obstáculos de ordem constitucional, ao mesmo tempo em que exorcizam – qual sacrílega – a idéia da primazia do Direito Comunitário sobre a jurisdição interna. Eles preferem manter intocada a soberania estatal ao mesmo tempo em que afirmam querer a integração, uma tese tão falaciosa quanto a da argumentação de “tempo de maturação”, que apregoa não caber o aprofundamento da estrutura do MERCOSUL enquanto ele não se tornar um mercado comum.

Se realmente almejamos avanços qualitativos no processo de integração sub-regional, está na hora de mudarmos o modelo, o que implica, necessariamente, no reconhecimento de que a noção de soberania, em pleno século XXI, é oposta à clássica visão da indivisibilidade e inalienabilidade do poder soberano. Transita-se hoje, em tempos de globalização econômica alargada e de regionalismo aberto (e com este concordam os “mercocratas”), para a fronteira da soberania supranacional, síntese da delegação de outras soberanias. Nesse particular, valemo-nos dos ensinamentos de Celso de Albuquerque Mello quando diz: *Vivemos em um período de transição em que a soberania tem um conteúdo meramente formal. (...) Tem-se considerado que o Estado dotado de soberania continua a existir e o que ele delega aos organismos internacionais são apenas algumas competências. Enfim, a soberania não é mais indivisível*¹⁰.

Os novos tempos têm consolidado a visão internacionalista de que o império da lei limita a soberania, submetendo o Estado, em seu papel, à ação restritiva resultante das suas obrigações para com a sociedade internacional. Embora teoricamente ilimitada, a soberania, sendo um conceito jurídico, reconhece os limites inerentes a qualquer princípio legal. Do que se depreende que uma nova disposição normativa pode, assim, determinar novos limites, quer sejam eles ampliados ou diminuídos. Essa concepção de soberania enquanto conceito jurídico, sujeito a reformulações, e não mais um dogma político intocável, é que deve encimar os encaminhamentos tendentes a consolidar e aperfeiçoar uma integração econômica.

Por meio dessas noções os países da Comunidade Européia conformaram o que se chamou de soberania compartilhada ou coletiva. Naquele modelo, os Estados-membros limitaram seus próprios direitos soberanos em certas áreas e os transferiram para instituições comunitárias, sobre as quais não detêm controle direto. Considera-se que cada Estado-membro cede parte de sua soberania e liberdade de ação em áreas específicas sobre as quais não pode mais dispor individualmente,

⁸FARIA, Werter R. Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas. In: BASSO, Maristela (Org.). **MERCOSUL**: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros, p. 82.

⁹A expressão “estatólatra” guarda aqui analogia com a palavra *idólatra* (pessoa que adora ídolos). Relembre-se que no mundo latino a preponderância do Estado é tão forte no ordenamento jurídico que o termo inglês *Rule of Law* é traduzido por “Estado de Direito”. E não são poucos entre nós que concebem a lei e a realidade exclusivamente em razão da ótica e da vontade do Estado.

¹⁰MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito internacional da integração**, p. 123.

investindo tais direitos nos órgãos supranacionais, os quais têm competência para legislar ou gerenciar (e tão-somente!) naquelas matérias vinculadas aos objetivos da Comunidade. Não existe, como temem os “eurocéticos”, os “mercocratas” e os “nacio-autoritários”, uma supressão da soberania do Estado, mas, sim, uma “limitação” consentida, posto que disposta por meio de tratados, permanecendo intocada a subordinação direta de cada país ao Direito Internacional¹¹. E mais, no entendimento de muitos doutrinadores, o que se transfere não é a titularidade dos poderes, mas sim, o exercício (temporário) de poderes determinados dos Estados-Partes para a Comunidade¹².

Fica patente, pois, que a integração não atenta contra a essência do conceito de soberania, mas apenas contra a sua versão primeva, a serviço de um nacionalismo xenófobo e beligerante, em que se corre o risco de erigir o Estado como um fim em si mesmo, quando deve se constituir em instrumento para assegurar o interesse nacional e o bem-comum dos cidadãos. Desde que empregada como meio, e não como fim, sinaliza Paulo Borba Casella, *pode-se conceber sem restrições intelectuais a mutação do conceito de soberania do Estado e a adaptação desta às necessidades de espaço supranacional, economicamente homogêneo e juridicamente integrado*¹³.

Essa fórmula da restrição do exercício da soberania estatal e sua cessão a órgãos supraestatais, que dispõem de poderes superiores e de um direito próprio para levar avante os objetivos da integração, configurando o princípio da supranacionalidade vigente na União Européia – e perseguido nos primórdios do Pacto Andino –, não poderia ser efetivado a não ser que reconhecido pelos Estados parceiros da empreitada. É essa a condição básica em que se apoia o direito comunitário.

3. Soberania e supranacionalidade na ordem constitucional dos países do Mercosul

No caso do MERCOSUL, os países parceiros historicamente têm optado pela teoria dualista em matéria de relações entre as ordens jurídicas diversas em referência, embora seja possível assumir tanto o monismo quanto o dualismo e reconhecer a superioridade do Direito Internacional – que na Europa serviu de etapa inicial da escalada comunitarista. Portanto, esse não seria um problema a enfrentar, se não fosse o fato de

que serve de pano de fundo para posturas principalmente políticas, que acabaram configurando uma organização despossuída de uma vontade política autônoma à dos seus Estados-Partes, na qual também inexistem poderes efetivos a serviço dos objetivos comuns e à natureza internacional das disposições adotadas pelos órgãos decisórios.

Na realidade, as Constituições dos quatro países fundadores do bloco, mais particularmente as do Brasil e do Uruguai, representam fator de engessamento do *iter* integracionista. Ambiguamente, algumas delas fazem referência expressa à soberania estatal e, ao mesmo tempo, à participação do Estado em processos de cooperação ou de integração. Todas consagram o controle constitucional das leis e encerram uma intrincada modalidade de manifestação da vontade estatal para com as obrigações internacionais, com o acréscimo de que duas delas (Brasil e Uruguai) não fazem qualquer menção à supranacionalidade ou ao monismo¹⁴ internacional.

Convém observar que cerca de um ano após o Tratado de Assunção, tendo estudado minuciosamente os ordenamentos jurídicos latino-americanos em relação ao Direito da Integração, a Comissão Jurídica Interamericana da OEA divulgou um Parecer, com data de 06 de março de 1992, a respeito do perfil jurídico-institucional do fenômeno da integração na América Latina¹⁵, de cujas conclusões selecionamos:

(...)

6) para la preservación del perfil comunitario, se requiere que las constituciones nacionales estén adaptadas a las nuevas exigencias del derecho emergente (in fieri), para lo cual es recomendable que los estados que deseen avanzar por este camino, incorporen en ellos, se fuere necesario, las correspondientes habilitaciones para la delegación externa de ciertas competencias que hasta hoy habrían estado reservadas a sus órganos, como así también la explicación de las nuevas relaciones de supremacía normativa y la admisión de una justicia común.

En concreto, puede resultar necesario prever la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, así como su interpretación uniforme y la aplicación directa en el ámbito interno de las decisiones

¹¹Abstraindo das restrições endereçadas ao conceito de soberania em decorrência da adesão do Estado a uma aliança integracionista econômica regional, o certo é que ocorrem inúmeras limitações à ampla extensão teórica e tradicionalmente atribuída ao conceito de soberania, tanto pela participação dos Estados em qualquer tipo de organização internacional quanto pela simples necessidade de convivência e coordenação dos interesses dos diferentes países, reduzindo assim a possibilidade de seu exercício, sem que por isso seja admissível falar em perda da soberania.

¹²Posição mais radical fica por conta do próprio Tribunal de Justiça da CE que, em 1972, ao julgar o caso 47/71 (Comissão c. República Italiana), definiu que as competências conferidas à Comunidade haviam saído completa e definitivamente do campo de atribuições dos Estados.

¹³CASELLA, Paulo Borba. **MERCOSUL: exigências e perspectivas – integração e consolidação de espaço econômico (1995 – 2001 – 2006)**, p. 92.

¹⁴Para os *monistas*, o Direito Interno e o Internacional são dois ramos de um mesmo sistema jurídico, quanto ao que se subdividem em dois grupos – o que sustenta a prevalência do direito interno se conflitante com o internacional; e o que advoga o primado do Direito Internacional quando conflitar com a ordem interna. Este último, cada vez mais preponderante, tem inclusive se utilizado de certa dose de flexibilidade, a ponto de alguns autores já enxergarem uma terceira via na matéria.

¹⁵Vale registrar, como antecedente, que em 1969 a “*Inter-American Bar Association*” baixou a Resolução n. 16 recomendando a adaptação das Constituições para permitir os processos de integração regional ou sub-regional.

*normativas o judiciales de los órganos del poder público del estado (...)*¹⁶.

Recomendações à parte, nada se alterou no MERCOSUL até o findar da transição anunciada (31/12/94), e pouco se avançou estruturalmente depois do Protocolo de Ouro Preto. Para se ter uma idéia, ainda não se tem um ordenamento jurídico comunitário no espaço integrado do Cone Sul, tampouco os elementos próprios do critério supranacional. E a criação de um órgão ao qual os Membros transfiram poderes para interpretar e aplicar normas comunitárias, acima dos órgãos da soberania nacional, por exemplo, depende, no Brasil, da reforma de sua Constituição.

O lado otimista da análise fica por conta de que as respectivas Cartas Magnas estampam enunciados e declarações expressas de adesão a princípios internacionais e de concordância a processos de integração. Ao mesmo tempo, pode-se recear que a dubiedade com que estão grafados torne tal aceitação inoperante ou simbólica.

Uma vez que o posicionamento oficial dos condutores do processo mercosulista, mais particularmente dos “mercocratas” brasileiros, tem sido refutar a supranacionalidade e dispensar a criação de novas instituições – dentre elas o Tribunal de Justiça –, remetendo suas atitudes às limitações de ordem constitucional, quer nos parecer indispensável perscrutar a veracidade dessas ponderações cotejando as principais regras constitucionais dos Estados-membros do MERCOSUL relacionadas com a temática levantada.

3.1. Breve análise das constituições dos demais sócios fundadores do Mercosul

3.1.1. Caso argentino

A Constituição da Nação Argentina data de 1853, merecendo reformas nos anos de 1860, 1866, 1898 e 1957. Por meio da Lei 24 309, de 29/12/1993, declarou-se a necessidade de nova revisão parcial, tendo a Convenção Nacional Constituinte promulgada a nova Carta em 22 de agosto de 1994 (Lei 24 430, 10/01/95).

As inovações introduzidas refletem as tendências atuais do Direito Internacional, além de consignar uma diferença entre este e o Direito de Integração – que a Carta procura validar. No que importa ao nosso estudo, são esclarecedores os seguintes artigos:

Primera Parte

Capítulo Primero

(...)

Artículo 31 – Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema

de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella...

Segunda Parte

Capítulo Cuarto

Atribuciones del Congreso

Artículo 75 – Corresponde al Congreso:

(...)

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede.

Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. (sem grifo no original)

(...)

24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.”

(sem grifo no original)

Resta evidente, ao longo dessas passagens, que a revisão constitucional de 1994 dotou a Argentina de instrumental suficiente para legitimar e promover a integração, na medida em que, além de se referir à supranacionalidade (valendo-se do termo “*supraestatalidad*” – art. 75, inc. 24), prevê a possibilidade de delegação de competências e jurisdição a entidades internacionais com tal característica – muito embora conferindo-as sob o signo da reciprocidade e igualdade!

Trata-se de medida profilática, mas corrente nas relações internacionais. A reciprocidade requer correspondência mútua de um Estado para com outro; é uma condicionante, pois implica em retribuição, por parte dos demais Estados partícipes de uma organização supranacional, às competências delegadas por qualquer dos parceiros. Ademais, a reciprocidade pode ser entendida como elemento diferenciador, porquanto pode não existir em processos de cooperação, mas é elementar em experiências de integração. Vale recordar que países da UE, como França, Itália e Portugal, fizeram questão de inscrever esse princípio em suas respectivas Constituições.

Já a igualdade, que bem poderia apenas correlacionar-se com a doutrina – consagrada no DI Americano – da paridade jurídica internacional, também pode estar nos remetendo à referência similar dentre os princípios constitucionais da CE. Nesse particular, recorreremos às lições de João Mota de Campos¹⁷, para quem o princípio da igualdade, que se acha estreitamente vinculado ao princípio da não-discriminação, pode ser considerado em sua dupla

¹⁶DALLA VIA, Alberto Ricardo. El Mercosur y los aspectos constitucionales e institucionales. In: VENTURA, Deisy (Org.). **Direito comunitário do MERCOSUL**, p. 78.

¹⁷CAMPOS, João Mota de. **Direito comunitário**, v. 1, p. 620-621.

vertente: a) da *igualdade dos Estados-membros*, significando que nenhum deles pode reivindicar uma situação de privilégio em face dos seus parceiros, a não ser excepcionalmente, quando admitido nos Tratados, mas mesmo assim por tempo limitado ou mediante contrapartidas diversas em favor dos demais; b) da *igualdade dos agentes econômicos privados*, correspondendo à interdição de todas as formas de discriminação no seio da comunidade, em razão de nacionalidade e sexo, inclusive nos domínios do emprego e do trabalho. Oxalá seja esse o entendimento!

Outro dado relevante consiste na previsão expressa, presente nessa mesma regra constitucional argentina (art. 75, inc. 24), de que dispositivos editados em razão da delegação de competências a entidades supraestatais situam-se hierarquicamente acima das leis ordinárias e somente abaixo da Constituição. Com isso, evita-se o surgimento de conflitos entre as normas de integração (ou direito comum do bloco) e aquelas nacionais supervenientes. Fica claro que a Constituição confere superioridade diferenciada em favor dos tratados de integração, posto que a reforma de 1994 não alcançou o artigo 31, em que outra posição é atribuída aos tratados em geral. Aliás, para os estudiosos ávidos da celeridade do processo integracionista, muito embora a Lei Magna argentina não tenha especificado a aplicação de tais normas de forma imediata e direta, será possível, com base no espírito do citado inciso, chegar-se sem dificuldades à sua admissão.

O mesmo inciso 24 do artigo 75 propõe uma fórmula facilitadora à integração com países da América Latina, ao estabelecer um rito legislativo menos rigoroso à aprovação de tratados regionais ou sub-regionais que incidam em cessão de poderes à ordem supranacional, enquanto torna mais difícil a apreciação de tratados integracionistas com terceiros países, ao impor-lhes duplo turno de votação nas duas Câmaras. Essa circunstância, para o jurista argentino Roberto Dromi, revela que *La importancia de Latinoamérica para nuestro país opera aquí motivando al legislador para que los tratados con países de esta región obtengan una mención y tratamiento especial, primando así un criterio de política estatal, cual es de la integración con los países del área de pertenencia e inserción de la Argentina*¹⁸.

Por derradeiro, importa consignar o salto de qualidade jurisprudencial patrocinado pela Corte Suprema de Justiça argentina, no que tange às relações internacionais, principalmente após o país ter ratificado a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (pela Lei n. 19 897, de 27/01/1980), posto que inúmeras são suas decisões confirmando a supremacia dos tratados internacionais sobre as leis internas (v.g., *caso Miguel A. Ekmekdjian c. Gerardo Sofovich y otros – 1992*, *caso Fibra c. C. M. de Salto Grande – 1993* e *o caso Cafés La Virginia c. Fisco Nacional – 1994*), cujos critérios não somente foram incorporados à

Constituição Nacional como servem de balizadores às normas que se ditam no âmbito do MERCOSUL e garantidores da segurança jurídica dos indivíduos diretamente interessados no processo.

3.1.2. Caso paraguaio

A atual Constituição Nacional da República do Paraguai foi promulgada em 20/06/1992. Trata-se de um texto relativamente avançado, a refletir a retomada da democracia após mais de três décadas de ditadura “stroessnerista”. Ela é a que melhor destaca, entre os países da sub-região, de modo inequívoco, o critério da supranacionalidade e, seguramente, aquela que apresenta o maior número de artigos dedicados às relações exteriores. Examinemos os mais expressivos:

Parte II – Título I

Capítulo I

De las Declaraciones Generales

Artículo 137

De la supremacía de la Constitución

La ley suprema da la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. (sem grifo no original)

(...)

Capítulo II

De las Relaciones Internacionales

Artículo 141

De los Tratados Internacionales

Los tratados internacionales validamente celebrados, aprobados por ley del Congreso y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137. (sem grifo no original)

Artículo 143

De las Relaciones Internacionales

La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios:

- 1) la independencia nacional;*
- 2) la autodeterminación de los pueblos;*
- 3) la igualdad jurídica entre los Estados;*
- 4) la solidaridad y la cooperación internacional;*
- 5) la protección internacional de los derechos humanos;*
- 6) la libre navegación de los ríos internacionales;*
- 7) la no intervención, y*

¹⁸DROMI, Roberto et al. *Derecho comunitario: sistema de integración – régimen del Mercosur*, p. 44.

8) *la condena a toda forma de dictadura, colonialismo e imperialismo.*

Artículo 145

Del Orden Jurídico Supranacional

La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.

Dichas decisiones solo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso. (sem grifo no original)

A Constituição guarani, independentemente de referendar em seu preâmbulo a soberania e a independência nacionais, admite taxativamente – nos termos do artigo 145 – a existência de ordenamento jurídico supranacional. Todavia, esse artigo padece de lamentável contradição, já que seu *caput* assume postura amplamente favorável ao processo integracionista, enquanto o seu complemento, embora não chegue a negá-lo, condiciona sua aceitação ao mesmo sistema arcaico da internalização e incorporação das decisões supranacionais à ordem interna, mediante aprovação por maioria absoluta de cada Câmara congressional.

Importa destacar, igualmente, que o artigo 141, combinado com o artigo 137, aponta o nível hierárquico dos tratados internacionais, após a troca ou depósito dos instrumentos de ratificação, como situados (no ordenamento nacional) imediatamente inferior à Constituição e acima da legislação comum. Não se referiu o legislador paraguaio à regra proveniente de organismo supranacional.

Note-se, ainda, que a Carta paraguaia, ao contrário da argentina (artigo 75, inciso 24), não ofereceu oportunidade – via Legislativo – de qualquer tratamento facilitador aos tratados de integração assinados com países latino-americanos em face daqueles formalizados com terceiros. Por fim, é possível detectar que a previsão do controle da constitucionalidade, conformada pelo artigo 132, carece de suficiente exatidão quanto ao seu exercício em relação aos tratados externos¹⁹, o que pode colocar em risco a segurança do processo de integração.

3.1.3. Caso uruguaio

A Constituição da República Oriental do Uruguai em vigor foi aprovada pela Assembléia Geral Legislativa em 24/08/1966 e promulgada (após plebiscito de ratificação) em 1º de fevereiro de 1967. Ao longo desse tempo, passou pelas reformas constitucionais de 1989, 1994 e 1997 – esta última sancionada

pelo Parlamento em 15 de outubro de 1996 e promulgada em 14 de janeiro de 1997.

O texto básico uruguaio é o que mais se assemelha ao brasileiro nessa matéria, com o agravante de que aquele país teve a oportunidade de processar há pouco tempo uma nova revisão da Carta, seja pela total ausência de elementos permissivos à supranacionalidade, seja por não disciplinar a posição hierárquica entre regras internas e externas. Sobre o assunto em tela, destacamos os seguintes dispositivos:

Sección I

(...)

Capítulo II

Artículo 4º – La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará. (sem grifos no original)

(...)

Capítulo IV

Artículo 6º – En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos.

La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos. (sem grifos no original)

(...)

Sección XV

Del Poder Judicial

(...)

Capítulo III

Artículo 239. A la Suprema Corte de Justicia corresponde:

1º) Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra Derecho de Gentes y causas de Almirantazgo; en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados (...) (sem grifos no original)

O texto da Constituição uruguaia denota caráter restritivo, considerados os Estatutos Básicos da Argentina e do Paraguai, ao apegar-se radicalmente ao “estatólato” conceito da “exclusividade nacional” para baixar leis naquele território (artigo 4º), bem como por reduzir o processo de integração a

¹⁹Artigo 132 – *La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las relaciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley.*

simples objetivo a ser “procurado” – e assim mesmo, centrado em algumas áreas específicas, como produtos, matérias-primas e complementação de serviços públicos (artigo 6º). Nesse mesmo artigo, ainda, o legislador relacionou a arbitragem ou outros meios pacíficos no tocante à solução de divergências, com o que se afastou a implementação de um poder de sanção internacional.

Na realidade, a Lei Fundamental do Uruguai encara a soberania como atributo da própria Nação (art. 4º), e trata “à brasileira” o controle da constitucionalidade dos tratados e leis a cargo do Poder Judiciário. Como no caso brasileiro, a Carta uruguaia não se ocupa de uma previsão expressa sobre a hierarquia das normas.

É certo que o seu artigo 239 se refere aos tratados internacionais ao consagrar o controle da constitucionalidade a cargo da Suprema Corte de Justiça. Embora esse artigo seja considerado por boa parte da doutrina daquele país como base para invocar a primazia da Constituição sobre as normas internacionais, é patente a ausência de um posicionamento concreto em prol da supranacionalidade e de órgão jurisdicional para resolução de conflitos intrabloco, além do caráter exclusivamente programático do artigo 6º, retro-mencionado.

3.2. Óbices no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, fazendo eco aos textos pátrios anteriores, deixou de acompanhar a tendência dos diplomas constitucionais modernos, evitando regulamentar a relação entre preceitos nacionais e estrangeiros. E, convenhamos, também não referendou qualquer grau de supranacionalidade.

Essas questões e outras pertinentes a princípios norteadores do projeto mercosulista, lamentavelmente, não vêm merecendo melhor acolhida no seio do Parlamento brasileiro, o que já se tornou rotina desde a oportunidade perdida durante a malfadada revisão constitucional de 1993/1994 – justamente quando expirava o tempo experimental da maquete integracionista assuncena.

Quanto aos objetos de nossa investigação acadêmica, cumpre arrolar as seguintes disposições legais:

Título I

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º – *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem por fundamentos:*

I – a soberania; (...)

(...)

Art. 4º – *A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:*

I – independência nacional;

II – prevalência dos direitos humanos;

III – autodeterminação dos povos;

IV – não-intervenção;

V – igualdade entre os Estados;

VI – defesa da paz;

VII – solução pacífica de conflitos;

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X – concessão de asilo político.

Parágrafo único. *A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.* (sem grifo no original)

(...)

Título IV – Capítulo III

Seção II

Do Supremo Tribunal Federal

Art. 102 – *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; (...)

(...)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

(...)

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (...)

(...)

Seção III

Do Superior Tribunal de Justiça

Art. 105 – *Compete ao Superior Tribunal de Justiça:*

(...)

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; (...)

(...)

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

(...)

Art. 7º – O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

Na conjuntura constitucional brasileira, paradoxalmente, a dinâmica da integração é ao mesmo tempo afirmada e posta em xeque: de um lado, inegável avanço constitucional e político de nossa história recente, temos dispositivo – o parágrafo único do artigo 4º – proclamando que a República buscará a integração (em todos os campos) dos povos latino-americanos; e, de outro, além de lacunas decorrentes de omissão ou recusa legislativa, inúmeros são os preceitos que convalidam conceitos ultrapassados de soberania e de nacionalismo visionário.

Embora o temerário uso do termo “buscará”, o certo é que a Carta de 88, autorizando o país a recorrer a processo de integração, pelo parágrafo único do artigo 4º, tem municiado os defensores do ideal integracionista a considerar a constitucionalidade de uma eventual transferência de competências em favor de órgãos supranacionais – conquanto os tribunais nacionais possam não corroborar tal interpretação.

Embora inexistam controvérsias no que diz respeito ao permissivo constitucional para formalização de acordos desse nível, o que é comprovado pelo Tratado de Assunção de 1991, não restam dúvidas sobre o caráter programático em que incide a citada norma constitucional, a requerer comando mais preciso. Afinal, a cessão de competência jurisdicional requer regra específica – como no caso argentino – a fim de evitar conflitos de interpretação, salvo que se admita a teoria dos poderes implícitos.

No entanto, alguns doutrinadores entendem que a mera existência daquele parágrafo implica uma opção pela integração em organismos supranacionais. Se assim não fosse, interpretam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *ele seria desnecessário, posto que organização sem caráter supranacional já existe na América Latina*²⁰. Inclusive, acrescentam outros, o uso das palavras “comunidade” – consagrada pelo projeto supranacional europeu – e “integração” significaria a busca por entidades situadas em patamares que não de cunho associativo ou apenas político-institucional. Além disso, o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece que o Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos, o que poderia indicar, ao menos, uma tendência do legislador em admitir alguma cessão de competências, embora não de forma explícita²¹.

E embora para alguns cause perplexidade a aclamação do fundamento da soberania nacional no elenco dos princípios republicanos, entendemos que tais dispositivos não geram maiores problemas desde que a palavra soberania seja interpretada no seu sentido moderno, franqueadora de delegação do exercício de competências específicas em prol de objetivos integracionistas. Ou, também, se considerados aqueles termos como condicionados às metas do mesmo parágrafo único do artigo 4º, vale dizer, subsumidos (soberania e independência) na construção prevalente da integração ou comunidade das nações.

Na realidade, a matéria é controversa. As dissonâncias constitucionais flagrantes quanto ao tema provocaram o seguinte comentário de Celso de Albuquerque Mello: *A Constituição brasileira não estabelece a admissão de qualquer restrição à soberania e ao mesmo tempo no parágrafo único do art. 4º fala em integração econômica*²². Já Pedro Dallari, enfatizando a ausência de mecanismos capazes de dar sentido concreto a tal regra programática, constata que não se cogita constitucionalmente da transferência de soberania para organizações internacionais²³. e Luiz Olavo Baptista considera que as competências legislativas privativas da União, firmadas no artigo 22 da Carta, por exclusivas, são indelegáveis a um organismo internacional²⁴.

Dessas posições se depreende que, diante do Texto Maior brasileiro, não há que se falar em cessão de soberania, tampouco de aplicabilidade direta ou primazia de regras comunitárias. Nem mesmo o processo de harmonização mercosulista consegue deslanchar diante de prática constitucional tão conservadora, tentando forjar a integração pelo remédio genérico de moldagem consensual do Direito Internacional Público – o que a situa como produto da soberania “com data vencida” ainda presente nas prateleiras de nossa elite cultural e política. Postura, aliás, comum entre os países da região, em cujo âmbito o Brasil e o Uruguai apresentam *déficit* jurídico mais elevado.

José Francisco Rezek, expressivo nome de nosso mundo jurídico-cultural, atualmente Juiz da Corte de Haia, relembra que:

A mecânica, entretanto, da incorporação do direito do MERCOSUL aos direitos nacionais, foi sempre e continua sendo hoje a mecânica clássica. São tratados internacionais que os governos negociam, os Congressos examinam e aprovam. Mediante aprovação parlamentar, os governos ratificam, ocupando-se, em

²⁰BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*, v. 1, p. 464.

²¹Poder-se-ia acrescentar que o Brasil, enfim, reconheceu, em dezembro de 1998, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos/OEA (Dec. Legislativo n. 89, de 03.12.98), o que poderia ser utilizado como precedente no que concerne ao MERCOSUL. Entretanto, aquele reconhecimento decorre de previsão constitucional conferida aos direitos humanos que sobreleva a soberania interna, aliás a única disposição em nossa Carta Política a ensejar a aplicação imediata de norma externa, que vem a ser o parágrafo 2º do artigo 5º (direitos e garantias fundamentais decorrentes de Tratados internacionais). A mesma linha de raciocínio pode ser utilizada no tocante à adesão do governo brasileiro ao Tribunal Penal Internacional (Tratado de Roma), em 07 de fevereiro de 2000, cuja ratificação se deu em 12 de junho de 2002.

²²MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional – uma introdução*, p. 121.

²³DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*, p. 183-185.

²⁴BAPTISTA, Luiz Olavo. As instituições do MERCOSUL – comparações e prospectiva. In: VENTURA, Deisy (Org.). *O MERCOSUL em movimento*, p. 58.

*seguida, de promulgar, com que se incorpora a norma do MERCOSUL ao direito nacional de cada um de seus integrantes. É o típico e clássico e conhecido fenômeno da recepção*²⁵.

Situação, por sinal, comprobatória da inexistência de um Direito Comunitário no MERCOSUL, porque a marca registrada desse direito – tal qual se consagrou na UE – vem a ser a desnecessidade da recepção. Por ser comunitário, de elaboração comunitária, e congenitamente incorporado aos direitos nacionais, esse direito prescinde do mecanismo tradicional da incorporação.

Outra, porém, é a fórmula decorrente do sistema constitucional brasileiro, em que prevalece a recepção à luz do figurino clássico. Os tratados firmados pelo país, inclusive aqueles que dizem respeito ao MERCOSUL, à exceção dos chamados “acordos executivos”, por força do artigo 49 – I, da CF 88, são submetidos à apreciação do Congresso Nacional²⁶. Ainda quanto ao tema, registre-se que os tratados estão sujeitos ao exame das duas Casas do Congresso e a aprovação é feita por meio de um Decreto Legislativo (promulgado pelo presidente do Senado Federal).

A aprovação dos tratados segue o mesmo processo aplicado à elaboração da lei nacional, de forma que a promulgação e a publicação compõem a fase integratória da validade da lei. A promulgação atesta a adoção da lei pelo Legislativo, certifica sua existência e seu texto, bem como afirma, finalmente, seu valor imperativo e executório. Já a publicação, que se segue à promulgação da lei, é condição da sua eficácia: só depois de estampados no Diário Oficial da União é que os tratados devem considerar-se incorporados ao ordenamento jurídico. E é justamente nesse ritual que reside um dos óbices brasileiros à ampliação do processo integracionista, porque possibilita morosidade desmedida à incorporação da norma mercosulista, subtraindo condições de acelerar o ritmo da trajetória do modelo, quando não o condenando à planície das experiências cooperativistas tradicionais.

Tudo isso porque a Constituição de 88, reincidindo numa das grandes falhas dos textos anteriores, não contempla um dispositivo especial relativo à posição da norma jurídica internacional perante a ordem jurídica interna, contrariando

tendência cada vez mais adotada pelos países ante a multiplicação dos blocos econômicos interestatais. Assim, e embora sem emprego de linguagem direta, a Carta brasileira deixa claro que os tratados internacionais se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, em especial a cargo do Superior Tribunal Federal que, por força do artigo 102 – inciso III, se pronuncia nos casos de recurso extraordinário por inconstitucionalidade.

Ora, não havendo tradição de constitucionalização do tratado, a matéria fica entregue à via jurisprudencial. E, lamentavelmente, a jurisprudência emanada da mais alta Corte de Justiça não é nada favorável aos princípios que devem nortear um processo integracionista, o qual, pelo lado jurisdicional brasileiro, vive sob a égide de constante ameaça. Basta lembrar que o STF tem considerado que a lei brasileira posterior revoga tratado anterior, verdadeiro barbarismo no curso deste novo milênio.

Esse entendimento consolidou-se com o julgamento do Recurso Extraordinário – RE 80 004/77²⁷, autêntico divisor de águas na jurisprudência pátria, em que a Suprema Corte assentou, por maioria, a tese de que a lei nacional contrária ao tratado e posterior à sua ratificação, e por isso expressão última da vontade do legislador brasileiro, deve ter sua prevalência garantida pela Justiça, negando-se assim primazia à norma externa, o que contraria a grande tendência do Direito moderno de privilegiar o monismo favorável ao Direito Internacional²⁸. Nesse particular, não se pode olvidar que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, subscrita em 23 de maio de 1969, aponta para a superioridade do Direito Internacional convencional sobre o direito interno, sintomaticamente ainda não ratificada pelo Brasil²⁹. Tal deliberação encontra-se assim grafada no seu artigo 27: *Uma Parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado*.

Inconformado com o tratamento jurisprudencial dessa matéria, Celso de Albuquerque Mello considera ter havido *um verdadeiro retrocesso com o Recurso Extraordinário n. 80 004, decidido em 1978 (sic)*³⁰, em que o STF estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. *Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente*. Ainda

²⁵REZEK, José Francisco. Recepção da regra de Direito comunitário pelas ordens jurídicas nacionais. In: VENTURA, Deisy (Org.). **Direito comunitário do MERCOSUL**, p. 55.

²⁶Art. 49. *É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...)*

²⁷Pelo RE 80 004, originário de Sergipe, que tramitou entre 1975 e 1977, decidiu o Excelso Pretório pela validade do Decreto-Lei n. 427, de 22/01/1969, que continha uma regra contrária à Convenção de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias, tendo sido voto vencido o relator, Ministro Xavier de Albuquerque. Íntegra do Acórdão, datado de 1º/06/77: RTJ, v. 83, p. 809-848, 1978. Tem-se como precedente a respeito o RE 71 174/71, proveniente do Paraná.

²⁸Exemplo de acolhida do monismo com prevalência da norma internacional recolhemos do próprio MERCOSUL, no qual a Argentina, após reiterada elaboração jurisprudencial nesse sentido (destacando-se a sentença proferida no caso *Cafés La Virgínia*, de 09/06/94), acabou incorporando tal princípio em sua Carta Mater, pela reforma também de 1994, incrustando-o no art. 75 – incisos 22 e 24. Também ocorre o mesmo com o Paraguai, consoante artigos 137 e 141 da Constituição de 1992.

²⁹Essa Convenção, aprovada pela Lei n. 19 865/80, encontra-se em vigor na Argentina desde 27 de janeiro de 1980; no Brasil, ainda está tramitando no Congresso para efeitos de autorização de ratificação, passados 30 anos de sua assinatura. E nesse passo parece enveredar a nossa lei de arbitragem (Lei n. 9 307/96), desde 10.10.96 *sub judice* no STF, face arguição de inconstitucionalidade.

³⁰A data que o autor pretendia citar é 1977, e não 1978, como consta do texto original.

sobre o caso, Celso Mello ainda deplora que o Supremo Tribunal tenha adotado uma concepção de soberania que desapareceu em 1919, pelo menos entre os juristas. Na verdade, continua ele, *o STF errou e não tem coragem de corrigir quando afirmou que as convenções de direito uniforme são aplicadas nas relações entre brasileiros. A decisão é das mais funestas (...) para o momento atual em que o Brasil intensifica as relações internacionais. Qual o valor de um tratado se um dos contratantes por meio de lei interna pode deixar de aplicá-lo? Se o STF considera que as convenções de direito uniforme estão ultrapassadas cabe ao Executivo denunciá-las no procedimento fixado por elas mesmas, mas não ao STF*³¹.

Pois bem, é precisamente esse posicionamento do direito brasileiro, baseado na construção jurisprudencial, com visão restritiva e conservadora em questões pertinentes às relações entre direito interno e Direito Internacional, que ilustra as dificuldades da proposta integradora e a necessidade de profunda mudança de rumo e de mentalidade, para que possamos atingir grau suficientemente elevado de aceitação do primado do Direito Internacional, trampolim para o “comunitarismo” na região.

A urgente necessidade de se colocar o país em dia com as novas tendências e exigências do Direito Internacional renovam e ampliam os questionamentos sobre a nossa ordem interna e a estrutura do MERCOSUL, como bem se depreende de Jorge Fontoura:

*“Nesse passo, é fundamental que os Estados que se propõem a conviver em espaços jurídicos comunitários definam-se claramente com relação à questão da força vinculante dos tratados vis-à-vis no ordenamento jurídico interno, seja pela via constitucional de definição da norma de conflito, seja pela via da elaboração jurisprudencial, com a criação de uma convicção político-jurídica sem a qual nenhum processo de integração pode edificar-se. Não é de se esperar, a propósito, que investidores e demais operadores econômicos se interessem por um mercado onde não se sabe com razoável segurança jurídica quais as leis aplicáveis e quais suas efetividades em relação a hipotéticos conflitos de interesses*³².

Particularmente no caso brasileiro, se o país pretende alcançar as vantagens que projeta ao participar – igualmente – do promissor quadro de associados do MERCOSUL, imaginando-o, para além de um campo fértil de negócios, um meio para o seu desenvolvimento integral (social, político, econômico e cultural) e capaz de render-lhe peso específico no seio da sociedade

internacional, deverá seguramente mudar sua cultura político-jurídica no que diz respeito ao conceito de soberania, redefinido à luz dos novos padrões que regem as relações interestatais e impõem novos papéis ao Estado-Nação, conferindo constitucionalmente importância adequada às normas internacionais e adotando mecanismos que lhe possibilitem assumir níveis suficientes de supranacionalidade no contexto mercosulista.

4. Estrutura definitiva do Mercosul: busca da supranacionalidade

A adoção de padrões de supranacionalidade no MERCOSUL, por implicar em privilegiar-se a norma externa em detrimento da “soberania nacional”, não é uma tarefa fácil, inclusive porque muito ao nível da vontade política dos governos dos Estados-Partes, estampada na opção pela intergovernabilidade do processo, da qual os parceiros até agora não abriram mão.

Estamos diante de uma situação de estrangulamento do modelo, mas os “mercocratas” procuram fazer outra leitura do panorama mercosulista, tentando travestir de descompassos passageiros aquilo que é nítido divórcio entre ordem interna e externa, entre cooperação e integração, na expectativa de que há “uma luz no fim do túnel”, imaginada para quando (ou se) finalizar a convergência da TEC. Só que os mecanismos de que dispomos, inegável reflexo de nossa ordem jurídica interna, seguem sendo mecanismos de um processo de cooperação, inadequados e prejudiciais ao rumo do patamar anunciado pelo TA. Basta ver a impossibilidade de se chegar à implantação de uma verdadeira união aduaneira (ou simplesmente à adoção total da Tarifa Externa Comum) sem meios mais ágeis e autônomos de tomada de decisões e sem instrumentos para assegurar o cumprimento eficaz das obrigações dos Estados.

Até agora, a organização mantém inalterada sua essência e suas ferramentas de ação, alheia aos relatórios, por exemplo, da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL), que, em 1995, analisando a evolução dos processos de integração regional, já alertava para anomalias no plano institucional do MERCOSUL, para concluir *pela necessidade de adotar mecanismos mais adequados de solução de controvérsias, assim como de harmonização de políticas econômicas*³³.

Se a Argentina e o Paraguai já estão aptos, constitucionalmente, ao *upgrade* que os adeptos da integração esperam do modelo, o mesmo não se pode dizer do Brasil e do Uruguai, cujas Cartas Fundamentais não permitem que os órgãos da jurisdição nacional se submetam a um tribunal supranacional. A esse respeito, o professor Luiz Olavo Baptista, um dos mentores da atual sistemática de superação de conflitos no bloco de origem

³¹MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público*, v. 1, p. 112-113.

³²FONTOURA, Jorge. Solução de controvérsias e efetividade jurídica: as perspectivas do MERCOSUL. In: *MERCOSUL: introdução e desenvolvimento*, p. 70.

³³CEPAL. *Balance preliminar de la economía de America Latina y el Caribe* – 1995. Recuadro 4. Evolución reciente de los procesos de integración regional, p. 39.

platina, adverte para os obstáculos jurídicos nessa direção, ao menos do ponto de vista da Constituição Brasileira, para concluir que: *A criação do Tribunal do MERCOSUL implicará a modificação das Constituições dos quatro países. Será preciso que eles admitam a existência de um órgão judicial supranacional, que predomine sobre a estrutura dos respectivos Poderes Judiciários*³⁴.

Isso, para alguns doutrinadores, importaria em rever o artigo 92 do Texto constitucional, que relaciona os órgãos do Judiciário, incluindo-se nele a jurisdição comunitária. Outros, porém, entendem que o essencial reside na aprovação de norma constitucional explícita autorizando a cessão de competências ao organismo comunitário, acompanhado de permissivo para a incorporação imediata e direta, na ordem nacional, das normas internacionais ali gestadas. E, a partir daí, acrescer-se à Carta outro artigo, subordinando àquele comando autorizatório os dispositivos que possam afrontar ou impedir a sua exata aplicação.

Afora a questão interna brasileira, e mesmo a dos demais parceiros, há que se reconhecer outro ponto crucial – o de que se faz imperioso reaparelhar o MERCOSUL para atingir, ao menos, a sua maior finalidade contratada, que vem ser o mercado comum. Ora, se essa tarefa se impõe, e se despontam tantas dificuldades para mudanças progressistas a curto prazo, caberia fosse inserida desde já na agenda oficial da organização mercosulista a análise técnica dos problemas básicos que precisariam ser equacionados para a aceitação de instituições e posturas de cunho supranacional a que esteja submetida a jurisdição brasileira.

Voltado ao assunto, o professor Leonardo Greco³⁵ antecipa suas preocupações, mais centradas na proposta de um Tribunal a que se reconheça supranacionalidade, levantando várias questões pertinentes, das quais selecionamos e resumimos as seguintes:

1^a) Quanto às relações dessa jurisdição supranacional com o direito interno e com as jurisdições nacionais. A União Européia teve a sabedoria de estabelecer inequívoca “hierarquia” entre o Tribunal das Comunidades e as instâncias judiciais dos Estados-membros. Entretanto, fixaram-se limites de atuação, de modo que a Corte do Luxemburgo está impedida de decidir sobre a validade ou interpretação do direito interno e os Tribunais nacionais não se manifestam em assuntos de Direito Comunitário – obrigando-se o juiz nacional a provocar a via incidental ou prejudicial e consultar o TJCE em cada caso concreto sobre a forma de se aplicar tal direito (vale dizer, a interpretação que se impõe ao processo local);

2^a) Quanto à relação entre esse Tribunal Supranacional e as demais instituições comunitárias. No MERCOSUL, nota-se a inexistência de um órgão jurídico na estrutura institucional que colabore com os demais órgãos na elaboração das normas comuns ao bloco, para verificar se tais decisões se harmonizam com os tratados constitutivos (tal qual na UE) e, igualmente, fazer o controle da legalidade de todas as regras emanadas de tais instituições. Isso só pode ocorrer se esse órgão for de fato um Tribunal, com autonomia e poderes ideais para tal papel, jamais inferiorizado em relação aos demais componentes da estrutura orgânica mercosulista;

3^a) Quanto ao problema da inconstitucionalidade da norma externa. Ante a prática jurisprudencial de sobrepor leis ordinárias a tratados³⁶, quando se estruturar uma instância judicial supranacional, evidentemente, as jurisdições nacionais deverão sofrer limitações no seu poder de declarar a inconstitucionalidade da norma comunitária.

Naturalmente, essas e outras questões só poderão ser consideradas, no bojo do Tribunal de Justiça do MERCOSUL e do próprio consórcio integracionista, se ousarmos algumas mudanças internas no Brasil. E a reforma da Constituição, efetivamente, é o caminho mais rápido para concretarmos a integração pelo critério da supranacionalidade, mas não é o único. Vale recordar que em alguns países europeus, em vez de se remendar a Carta Maior, a judicatura simplesmente adaptou a sua interpretação da ordem jurídica à realidade comunitária. O professor Ami Barav, da Universidade de Paris I, assim resume as diferentes formas jurídicas com que os países europeus forjaram a integração comunitária:

*Membership in a supranational Community entails constitutional adaptation in various Member States. In some States, transfer of sovereign rights to an international organization was allowed by the Constitution. In others, a special clause had to be introduced to this effect. Several national constitutions have always acknowledged the supremacy of international law. Others required a constitutional amendment, and in some cases supremacy of Community law has simply been recognised the national courts*³⁷.
(sem grifo no original)

Em falta com o processo de integração, porque

³⁴BAPTISTA, Luiz Olavo. A solução de divergências no MERCOSUL. In: BASSO, Maristela (Org.). **MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros**, p. 109-110.

³⁵GRECO, Leonardo. Tribunais supranacionais e aplicação do Direito comunitário – aspectos positivos e negativos. In: VENTURA, Deisy (Org.). **Direito Comunitário do MERCOSUL**, p. 188-197.

³⁶Note-se que a Convenção 110 da OIT, ratificada pelo Brasil, foi declarada inconstitucional pela nossa Corte Suprema; a Convenção 158 da OIT (em 1997) também estava recebendo o mesmo tratamento jurisprudencial; a Lei da Arbitragem, Lei n. 9 307/96, pouco tempo depois de sua promulgação presidencial, teve sua constitucionalidade questionada perante o STF (*sub judice* desde 10/10/96).

³⁷BARAV, Ami. The reception of community law by the national legal systems. In: VENTURA, Deisy (Org.). *Op. cit.*, p. 37-51.

desatualizados com relação ao Direito Internacional Público, desinteressados com a política externa e perplexos em relação a temas básicos de Direito Internacional em suas relações com a soberania e o direito interno: esse o perfil que se atribui a considerável parcela dos setores que mais podem influenciar o futuro do MERCOSUL, desde o Legislativo até mesmo a comunidade jurídica! Mediante tal contexto, tem-se encarado o MERCOSUL como algo cujo êxito se está conseguindo sem nenhuma codificação. E costumamos jogar à classe política a exclusiva responsabilidade pelos *déficits* sociais do país ou pelos grillhões que impedem a evolução do modelo assunceno, quando muitas vezes se pode atribuir parcela de culpa aos operadores jurídicos. Assim pensa o Ministro Rezek quando pontua que *na cabeça, por exemplo, dos juizes brasileiros, até agora nada mudou*³⁸, para ilustrar que a via judicial é alternativa das mais relevantes para a construção do mercado comum que se almeja.

Em seu escorrito raciocínio, Rezek demonstra que a frenética capacidade legiferante dos parlamentares, em países como o Brasil, torna a lei *absolutamente incontrolável na sua quantidade – a ordem jurídica brasileira tem um tamanho que nenhum jurista brasileiro sabe exatamente avaliar*. Tão grande e, ao mesmo tempo, tão desorganizada, essa ordem jurídica é um cenário fecundo de ambigüidades. E, ao interpretá-la, o juiz repassa muito da sua própria ideologia, de suas convicções e de sua noção de mundo. E isso, continua ele, *é ainda mais verdadeiro no que se refere às normas de direito internacional. Por isso, a questão de saber se evoltremos mais depressa ou menos depressa na promoção da autêntica integração comunitária depende de saber como se construirá, a curto prazo, a maioria ideológica dos principais Tribunais brasileiros a respeito da integração*³⁹.

Isso é verdadeiro, muito embora os descuidos, as omissões e os entraves legislativos, porque existe na Constituição pátria uma norma, lá no início, inalterada pela revisão de 94, mas que diz, com todas as letras, que o Brasil *buscará a integração econômica, política, social e cultural* com os demais países latino-americanos. Ora, sendo possível creditar seriedade ao constituinte de 88, na medida em que se queira tomar com retidão e objetividade o discurso inicial da Carta brasileira, encontraremos ali, para tranquilizar qualquer consciência de magistrado, a norma que manda favorecer a integração econômica – que é uma expressão com um profundo e bem acabado sentido técnico. A questão é saber até que ponto os juizes conferirão importância e credibilidade ao parágrafo único do artigo 4º na hora de confrontá-lo com os vazios ou as deficiências constitucionais em matéria de progresso do Direito Internacional e do processo integrador

que iniciamos. E em que medida os demais operadores do direito atuaremos nessa direção e para a trama do direito comunitário?!

Na realidade, a estrutura orgânica presente no MERCOSUL, mais do que intergovernamental, é deficitária e débil, tanto pela precariedade técnica de seus parâmetros normativos, quanto pela absoluta exclusividade de participação dos Poderes Executivos nacionais nos órgãos decisórios, além de manter procedimento refratário à criação de um Tribunal Judicial permanente. Para ambas as situações bastaria lançar-se mão da possibilidade de revisão prevista no artigo 44 do Protocolo de Ouro Preto (1994), a começar pela confecção de um calendário de médio prazo para a atribuição de níveis de supranacionalidade, seja no âmbito executivo, seja no jurisdicional.

Tenha-se em mente a importância da entronização de medidas jurídicas precisas e órgão jurisdicional adequado⁴⁰, tanto para alargar os horizontes da integração e dar efetiva proteção e interpretação uniforme ao direito, quanto para conter o grau de discricionariedade exercido pelo Poder Executivo, principalmente porque sabemos que o MERCOSUL tem sido alimentado ou contido pela vontade política dos seus governos, calcado naturalmente em objetivos econômicos. E isso pressupõe, num contexto latino-americano marcado pela instabilidade e insegurança políticas, um enorme risco de eventual retrocesso!

5. Conclusão

Apesar dos pesares, e contrariando ceticismos e adversidades, o MERCOSUL “não está morto”. Passados treze anos de seu lançamento, o MERCOSUL, tanto como realidade regional quanto como idéia estratégica, mantém sua força, sua vigência e uma boa base de sustentação. Apresenta, porém, notórias deficiências, seja como processo e respectiva estrutura jurídico-funcional, seja como imagem, suscitando dúvidas em termos de poder de barganha, atração de investidores para todos os sócios e de identidade cultural. Inegável, por outro lado, o saldo acumulado no campo da consolidação democrática e do combate às tentações totalitárias, assim como no aprendizado da diplomacia da integração. Irrefutável, também, a capacidade do bloco em incrementar o comércio sub-regional, de perceber a realidade e as mudanças do contexto internacional, de projetar-se como nunca no cenário latino-americano – de que é reflexo a recente adesão pontual do Peru ao grupo sub-regional. Razões que, por si só, já justificam a existência do MERCOSUL e o credenciam a melhores tempos, o que pode ser detectado, inclusive, com a política externa do presidente Luiz Inácio Lula da Silva para a América Latina, a convergência política encetada pelo novo presidente argentino

³⁸REZEK, José Francisco. *Op. cit.*, p. 55.

³⁹*Id. Ibid.*, p. 57.

⁴⁰Se é possível a coexistência da instabilidade jurídica com o aumento das trocas comerciais, a prevalência daquela acaba impondo dificuldades aos agentes econômicos, tornando o bloco mercosulista menos atraente aos olhos dos investidores e prejudicando altamente o benefício que os nacionais do bloco poderiam obter pela sistemática cooperação judiciária e pelas instâncias judiciais adequadas no âmbito do modelo.

Nestor Kirchner, a ajuda econômica internacional (a conta-gotas, é verdade!) repassada à Argentina, e os sinais de reafirmação de fé dos Estados fundadores nos postulados do tratado-matriz, dissipando qualquer versão mais derrotista a respeito e confirmando a crença no futuro do modelo.

Por fim, há que se registrar que a configuração institucional definitiva do MERCOSUL, para além do período de convergência da tarifa externa comum (TEC), terá de decidir entre os caminhos – diferentes quanto a resultado final e resposta aos imperativos da globalização que se espalha – da *cooperação* ou da *integração* e, conseqüentemente, entre intergovernabilidade e supranacionalidade. O sucesso ou esvaziamento do modelo passa por esses conceitos, leitura que mais se aclara após os desentendimentos recentes entre Argentina e Brasil, clamando pela necessidade de redefinirem e harmonizarem seus projetos nacionais, desenvolverem mecanismos e regras padronizadoras do comportamento dos atores governamentais e privados, bem como de agregarem à atual estrutura intergovernamental do MERCOSUL alguns ingredientes e princípios análogos aos que ajudaram a fazer a diferença no contexto integrado europeu – dentre eles, a instalação de um tribunal fixo e independente dos governos, enquanto órgão jurisdicional competente para o controle da legalidade dos atos e da interpretação das normas regionais, visando a assegurar a coerência do sistema jurídico comum (ou comunitário) e dar segurança social ao bloco mercosulista.

Afinal, se o mercado comum for de fato a opção qualitativa do MERCOSUL, torna-se indispensável a figura do *tribunal supranacional* para estruturá-lo juridicamente. Espera-se que sobre a realidade circunstancial intrabloco, após o desaceleramento do processo mercosulista nos últimos tempos, soprem ventos mais lúcidos, capazes de estreitar os laços políticos interestatais, solidificar a solidariedade e a participação internas, além de inspirar medidas mais avançadas com relação ao quadro institucional desse consórcio assunceno – em que não devem faltar o respeito ao direito institucionalizado entre as Partes e a ampla garantia dos direitos humanos, sem o que a integração não atenderá ao seu verdadeiro sentido!

6. Referências

BAPTISTA, L. O. As instituições do MERCOSUL: comparações e prospectiva. In: VENTURA, D. de F. L. (Org.). **O MERCOSUL em movimento**. São Paulo: Livraria do Advogado, 1995. (Série Integração Latino-Americana).

_____. A solução de divergências no MERCOSUL. In: BASSO, M. (Org.). **MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BARAV, A. *The reception of community law by the national legal systems*. In: VENTURA, D. de F. L. (Org.). **Direito comunitário do MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. (Série Integração Latino-Americana).

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. da S. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

CAMPOS, J. M. de. **Direito comunitário**. v. I. **O direito institucional**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

CASELLA, P. B. **MERCOSUL: exigências e perspectivas – integração e consolidação de espaço econômico (1995 – 2001 – 2005)**. São Paulo: LTr, 1996.

DALLARI, P. B. de A. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **O MERCOSUL perante o sistema constitucional brasileiro**. São Paulo: Mimeo, 1994. 16 p.

DALLA VIA, A. R. *El Mercosur y los aspectos constitucionales e institucionales*. In: VENTURA, D. de F. L. (Org.). **Direito comunitário do MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. (Série Integração Latino-Americana).

D'ANGELIS, W. R. **Mercosul: da intergovernabilidade à supranacionalidade?** Curitiba: Juruá, 2001.

_____. O Mercosul em crise: intergovernabilidade ou supranacionalidade?. In: PIMENTEL, L. O. (Org.). **Mercosul, Alca e integração euro-latino-americana**. v. II. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. Para onde caminha o Mercosul? (A integração ao sul do Equador). In: _____. **Direito da integração & direitos humanos no século XXI**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. Mercosul: lições da crise argentina. In: MENEZES, W. (Org.). **Direito internacional no cenário contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. (Org.). **Direito internacional do século XXI (integração, justiça e paz)**. Curitiba: Juruá, 2003.

DROMI, R.; EKMEKDJIAN, M. A.; RIVERA, J. C. *Derecho comunitario. Sistemas de integración. Regimen del Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

- FARIA, W. R. Métodos de harmonização aplicáveis ao MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas. In: BASSO, M. (Org.). **MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- FONTOURA, J. Solução de controvérsias e efetividade jurídica: as perspectivas do MERCOSUL. In: BRASIL. Senado Federal. **MERCOSUL: introdução e desenvolvimento**. Brasília, Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 1998. p. 67-75.
- GRECO, L. Os tribunais supranacionais e a aplicação do direito comunitário. In: VENTURA, D. de F. L. (Org.). **Direito comunitário do MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. (Série Integração Latino-Americana).
- MELLO, C. D. de A. **Curso de direito internacional público**. v. 1, 11. ed. rev. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- _____. **Direito internacional da integração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- _____. **Direito constitucional internacional – uma introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- _____. Constituição e relações internacionais. In: DOLINGER, J. (Org.). **A nova constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
- OBERDOFF, H. (Org.). **Les constitutions de l'Europe des douze**. Paris: La documentation Française, 1994.
- REZEK, J. F. Recepção da regra de direito comunitário pelas ordens jurídicas nacionais. In: VENTURA, D. de F. L. (Org.). **Direito comunitário do MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. (Série Integração Latino-Americana).
- _____. **Direito internacional público: curso elementar**. 7. ed, rev. São Paulo: Saraiva, 1998.
- VENTURA, D. de F. L. (Org.). **A ordem jurídica do MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. (Série Integração Latino-Americana).
- _____. (Org.). **Direito comunitário do MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. (Série Integração Latino-Americana).

Artigo 10

O Direito como Acontecimento: por uma Análise Estratégica das Práticas e do Discurso Jurídico

de Walter Guandalini Jr.*

1. Positivismo, racionalismo, sociologismo. 2. Genealogia e acontecimento. 3. O Direito como acontecimento. 4. Genealogia e poder. 5. Análise estratégica das práticas e do discurso jurídico. 6. Referências.

RESUMO: Dada a necessidade de se compreender com clareza as implicações existentes entre direito e poder, é preciso construir um modelo de análise que explique essas relações sem ocultar a existência de práticas concretas de poder no interior das práticas jurídicas, nem tampouco elidir o importante papel desempenhado pelo direito no funcionamento real das práticas de poder. Sugere-se a análise estratégica das práticas e do discurso jurídico, a partir de um método genealógico que trate o direito como acontecimento, como uma possível via para encarar o problema.

Palavras-chave: direito; genealogia; acontecimento; microfísica do poder.

“Não se trata de julgar os governos injustos, os abusos e as violências, reportando-os a certo esquema ideal (que seria a lei natural, a vontade de Deus, os princípios fundamentais, etc.). Trata-se, ao contrário, de definir e de descobrir sob as formas do justo tal como ele é instituído, de ordená-lo tal como ele é imposto, do institucional tal como ele é admitido, o passado esquecido das lutas reais, das vitórias efetivas, das derrotas que talvez tenham sido disfarçadas, mas que continuam profundamente inseridas. Trata-se de redescobrir o sangue que secou nos códigos, e, por conseguinte, não, sob a fugacidade da história, o absoluto do direito: não reportar a relatividade da história ao absoluto da lei ou da verdade, mas, sob a estabilidade do direito, redescobrir o infinito da história, sob a fórmula da lei, os gritos de guerra, sob o equilíbrio da justiça, a dissimetria das forças.”

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*.

1. Positivismo, racionalismo, sociologismo

Não existe, de modo geral, uma grande preocupação por parte dos juristas com a compreensão das relações possíveis entre o direito e as práticas de poder da sociedade em que ele está inserido. Tendo sido o pensamento jurídico do século XX moldado pelo positivismo jurídico kelseniano, que reclama teimosamente a especificidade da ciência do direito mediante a autonomia de um objeto cuja peculiaridade estaria em seu caráter essencialmente *prescritivo* (contraposto às ciências *descritivas* da natureza), o método tradicional de pesquisa no Direito se constrói apenas como análise da validade de normas jurídicas, buscando sempre, através do exame sobre a possibilidade de imputação do fato à norma e de sua subsunção a outra, superior, uma resposta para a imutável questão de pesquisa: esta norma jurídica particular *deve ser* ou *não deve ser*? O caráter meramente descritivo da resposta asseguraria a cientificidade da teoria; já a prescrição que essa descrição traz como resultado asseguraria sua qualificação como ciência normativa (não causal); por fim, o fato de essa prescrição se subsumir em última instância a uma norma hipotética que

atua como fundamento do direito e do Estado, e que condiciona o seu descumprimento a uma sanção estatal, garantiria a pureza de sua juridicidade, diferenciando a ciência do direito das demais ciências normativas (KELSEN, 2000:79). E assim se fez a pesquisa jurídica que dominou a produção científica dos juristas por quase um século.

Houve também, é claro, outro tipo de pesquisa jurídica, ainda que freqüentemente lhe tenha sido negado o predicado; uma modalidade de pesquisa que se dedicou com afinco ao exame das implicações que poderia haver entre direito e sociedade, entre *ser* e *dever-ser* (para empregarmos o jargão neokantiano dos positivistas), tentando extrair desse exame uma compreensão mais profunda das características de um sistema jurídico determinado e, ao mesmo tempo, do sistema social de que esse ordenamento jurídico faz parte como subsistema. Esse tipo de pesquisa, que analisava o direito sem deixar de lado a sociedade, se manifestou de duas formas: tanto encarando o direito como a consequência inevitável de um tipo específico de organização social, buscando encontrar uma causalidade histórico-social para o direito existente,

*Mestre em Direito do Estado (UFPR), pesquisador do Núcleo de Pesquisa Direito, História e Subjetividade (UFPR), professor da Faculdade de Direito Dom Bosco, professor da Faculdade de Direito Opet. Contato: prof.walter.g@gmail.com.

quanto tratando a sociedade como o resultado desejado por um direito constitutivo, buscando ver no direito a possibilidade de organização racional – seja ela individual-voluntarista, seja consensual-lingüística – do sistema social.

Trata-se, em suma, daquela espécie de análise que Foucault denominou “econômica” do poder (FOUCAULT, 2000:18), e que se manifesta com clareza na concepção jurídico-liberal e na concepção econômico-marxista do poder. Segundo o autor:

No caso da teoria jurídica clássica do poder, o poder é considerado como um direito do qual se seria possuidor, como de um bem, e que se poderia, em conseqüência, transferir ou alienar, de uma forma total ou parcial, mediante um ato jurídico ou um ato fundador de direito [...], que seria da ordem da cessão ou do contrato (FOUCAULT, 2000:19).

Percebe-se, portanto, que essa forma de pensamento, ao tentar compreender as relações entre direito, sociedade e poder, tende sempre a enxergar a instituição do direito como ato fundador da sociedade política, pondo fim a um estado originário de guerra e incerteza para instaurar uma sociedade fundada num acordo individual e voluntarista (de acordo com os contratualistas clássicos), ou simplesmente como pressuposto garantidor da legitimidade da sociedade política por meio de um consenso comunitário e lingüístico (de acordo com as vertentes neocontratualistas). O direito é visto, então, como ente instituinte do político, manifestação racional das vontades individuais ou dos consensos lingüísticos, apto a instaurar a sociedade e organizá-la de acordo com o interesse geral. A capacidade constitutiva do direito é exacerbada e a compreensão de seu funcionamento real e de suas relações com o poder é deixada de lado, em nome de um racionalismo extremo que se crê capaz de utilizá-lo como mero instrumento da vontade popular.

Na concepção marxista, por sua vez, esse economicismo da análise se manifesta de outra forma, por meio de uma funcionalidade econômica do poder. Como explica Foucault:

“Funcionalidade econômica”, na medida em que o papel essencial do poder seria manter relações de produção e, ao mesmo tempo, reconduzir uma dominação de classe que o desenvolvimento e as modalidades próprias da apropriação das forças produtivas tornaram possível. Neste caso, o poder político encontra na economia sua razão de ser histórica (FOUCAULT, 2000:20).

Dessa forma, embora o pensamento marxista clássico seja capaz de perceber com clareza as graves imbricações existentes entre o jurídico e o político, seu potencial explicativo é

reduzido na pesquisa jurídica, na medida em que tende a tratar o poder e o direito como reflexos superestruturais de determinado grau de desenvolvimento das relações de produção. Ainda que se reconheça, esporadicamente¹, um certo ‘efeito de retorno’ da superestrutura jurídico-política sobre a infra-estrutura econômica, o fato é que o direito perde a sua autonomia ontológica para tornar-se mera manifestação ideológica das condições objetivas de produção. Assim, também a pesquisa jurídica de perspectiva teórica marxista se torna incapaz de explicar o funcionamento real das relações entre direito e poder, pois se contenta com uma teoria descritiva extremamente abstrata, que apenas pode demonstrar a instrumentalidade do direito para a manutenção de uma dominação de classe.

Se Foucault se preocupou em criticar essas análises econômicas para possibilitar uma analítica do poder em termos de relações de força, o direito precisa retomar a crítica foucaultiana para demonstrar as limitações que essas concepções impõem também à pesquisa jurídica. Afinal, são elas que fundamentam as raras tentativas de se aprofundar a compreensão das conexões entre direito e poder, que, por isso, não conseguem escapar do inevitável (e impreciso) dilema explicativo: “sociedade política instituída pelo direito” X “direito instituído pelo poder social”.

Temos, então, a seguinte situação: de um lado, uma pesquisa jurídica tradicional, de molde positivista, que não reconhece o estudo das relações entre direito e poder como questão legítima e relevante para a ciência do direito; do outro, uma pesquisa jurídica que recusa a pureza como pressuposto metodológico, efetivamente preocupando-se com o exame das implicações entre direito e poder, mas que, em virtude dos fundamentos teóricos de que parte nessa análise, fica impossibilitada de compreender a complexidade dessas relações e se limita a interpretações generalistas que fatalmente recaem na idéia de condicionamento exaustivo do direito pelo poder, ou vice-versa. É preciso construir um novo modelo de pesquisa jurídica, e talvez a analítica do poder de Michel Foucault possa ser a solução para esse dilema.

2. Genealogia e acontecimento

A analítica de poder de Foucault parece ser especialmente útil para a pesquisa jurídica que pretende compreender as relações entre direito e poder, pois ela nos permite conceber a realidade histórica do presente como uma reconfiguração de um campo de batalhas plural e imanente, dentro do qual se enfrentam diversas posições de força, variáveis e intercambiantes. A sua filosofia da guerra proclama a necessidade de se abandonar qualquer critério de ‘interpretação’ unívoca, causal e sistemática do real, em prol da utilização de uma lógica estratégica de conexão do heterogêneo que seja capaz de, pelo método genealógico, estabelecer as conexões possíveis entre termos sem relação entre si e que permanecem sem

¹Como faz Althusser (1999), por exemplo.

relações mesmo após essas conexões, mantendo o acontecimento na dispersão que lhe é própria (FOUCAULT, 2004b:44). Assim se escapa dos vários métodos que, ao estudar a sociedade e o direito, resultam no condicionamento exaustivo de um pelo outro, pois o acontecimento permanece autônomo em sua peculiaridade, e se descarta a análise de causalidade em nome da valorização da pluralidade de forças em combate.

O método genealógico despreza gêneses lineares; ele se dedica a marcar a singularidade dos acontecimentos, examinando seu retorno apenas para reencontrar os episódios em que eles desempenharam papéis distintos, e não para traçar uma linha de evolução que permita compreender causalmente a sua origem. A genealogia se opõe à pesquisa da origem, pois procurar uma origem é “tomar por acidentais todas as peripécias que puderam ter acontecido, [...] é querer tirar todas as máscaras para desvelar uma identidade primeira e essencial” (FOUCAULT, 2004a:17), quando o genealogista sabe que por trás das coisas não há o seu segredo essencial, mas o segredo de que elas são sem essência, de que suas origens são baixas e absurdas, e de que suas verdades são historicamente construídas.

A história realizada de acordo com o método genealógico protege o acaso do acontecimento, impedindo sua dissolução no interior de uma continuidade ideal; assim, faz ressurgir o acontecimento em sua singularidade, reintroduzindo o descontínuo em nosso próprio ser. Não se trata, porém, de um retorno à história tradicional da travessia do Rubicão e da batalha de Waterloo, das datas que marcam o início de uma era e o término da anterior; como ressalta o próprio Foucault (2004a:28), o acontecimento “não é uma decisão, um tratado, um reino ou uma batalha, mas uma relação de forças que se inverte, um poder confiscado, um vocabulário retomado e voltado contra seus utilizadores, uma dominação que se enfraquece [...] e outra que faz sua entrada mascarada”. O acontecimento é o momento de ruptura, o acidente que dá início a mais um dos inumeráveis começos, a emergência de um novo equilíbrio de forças num novo sistema de submissão. É um momento crucial de ruptura no tecido histórico, impossível de ser compreendido em conexão com outros eventos, mas que, apesar disso, compõe com eles seus efeitos de forma global e aleatória. Desse modo, o acontecimento permite substituir a análise da ‘causalidade’ histórica pela compreensão da ‘casualidade’ na história, revelando o presente como apenas mais uma das múltiplas virtualidades e possibilidades do passado.

A genealogia não tem por objetivo a *interpretação da causalidade histórica*, mas a *intelecção de acontecimentos casuais*, construindo uma história que pode prescindir de um critério essencial de explicação dos fenômenos e processos estudados. A inteligibilidade da história, assim como a do direito e a do poder, não reside em lhe atribuir determinada causa localizada em sua

origem (mediante a qual poderíamos enfim compreender a razão de todas as suas conseqüências no presente), mas em compreender como ocorre a constituição e a composição de efeitos globais a partir de acontecimentos desconexos entre si. Em suma, não partir da unidade, mas da multiplicidade de processos diversos que estabelecem entre si relações de coesão, oposição, reforçamento recíproco, integração, e dos efeitos globais gerados pelas relações entre esses elementos essencialmente heterogêneos (Foucault, 2004c:244), valorizando-se o papel do acaso na constituição do presente. Abandonar, portanto, a análise dos nexos causais que conduzem inevitavelmente de um ponto a outro, e recuperar as múltiplas possibilidades de conexão do direito com os mais variados fenômenos.

3. O Direito como acontecimento

Já vimos que há basicamente duas formas como tradicionalmente se organizam as pesquisas acadêmicas na área do direito: a primeira delas costuma limitar-se a uma análise interna do próprio direito, tomando como objeto de pesquisa determinado instituto jurídico, para então expor as várias teorias que o explicam, estabelecer a sua natureza jurídica, interpretar as normas relacionadas ao tema, etc. – em suma, o velho esquema das ‘normas que criam normas que legitimam normas’. Essa explicação estritamente jurídica do direito não é capaz de compreender as relações entre direito e poder, pois limita o campo de visão do pesquisador à essência jurídica de determinado fenômeno, impedindo-o de enxergar a imensa amplitude de aspectos econômicos, políticos e sociais que podem estar nele envolvidos, e elidindo as múltiplas relações de força existentes no interior do direito, relegando-as, quando muito, à condição de reles pressupostos não jurídicos da análise jurídica, ou de conseqüências planejadas por uma racionalidade jurídica fundamental e instituidora do social.

A outra maneira como se costuma realizar a pesquisa jurídica consiste em abordar o direito a partir do exterior, evitando a preocupação com a coerência interna das teorias e das normas, e privilegiando uma visão externa, mais abrangente, que permite compreender as várias funções desempenhadas pelo direito em determinado contexto histórico. Esse é o método tradicional dos estudos críticos sobre o direito, que ao analisarem uma norma jurídica buscam compreender quais são as suas motivações ocultas, quais são os seus reais objetivos econômicos, políticos e sociológicos. É um método atraente, pois permite enxergar por trás da norma os interesses a que ela atende, e tratar o direito como construto social. No entanto, também essa é uma visão inadequada, pois trata o direito como mera manifestação de superfície de questões mais profundas, e assim acaba deixando de lado o próprio direito para se preocupar apenas com os aspectos

econômicos, políticos e sociais do objeto de pesquisa. Esse método toma o direito apenas como motivo para uma análise mais ampla, geralmente de caráter econômico, na qual se abandona o próprio direito em prol de um exame ‘do que realmente importa’.

Nenhum desses métodos parece adequado para se analisar e compreender as práticas de poder existentes no interior do próprio direito. É preciso, portanto, em vez de tratar o direito como instância sem relação com o social, ou como manifestação superficial de problemas políticos e econômicos, tratar o direito como *acontecimento*. Tratar o direito como acontecimento significa não enxergá-lo de maneira hipostasiada, deixar de lado as preocupações com a coerência interna do discurso teórico e examinar as práticas concretas e a utilização real dos instrumentos jurídicos em nossa sociedade; significa também não privilegiar a economia e a política, revalorizando a importância do direito não só como ferramenta, mas como campo de batalhas no interior do qual se pode alterar o equilíbrio de forças, com importantes conseqüências políticas e econômicas; finalmente, significa não confiar ingenuamente na capacidade infinita da racionalidade jurídica de organizar o poder em nome da vontade popular, e perceber que mesmo essa organização é, já, o resultado da vitória numa batalha de forças, e que ela oculta o fato de que existe uma miríade de outros combates acontecendo sub-repticiamente nas mais ínfimas manifestações do fenômeno jurídico.

Para examinar o direito como acontecimento é necessário não sobrevalorizar o conjunto de normas e teorias que discutem a natureza jurídica ou o fundamento constitucional de um objeto de estudo determinado; afinal, elas só têm importância na medida em que são instrumentalizadas pelas partes em combate em prol de seus próprios objetivos. Quando se deseja compreender as relações de força presentes no interior do direito, deve-se deixar de lado o esquema teórico ontológico-positivista de análise jurídica; afinal, quem manobra o canhão não é o químico ou o físico, mas aquele que conhece as técnicas necessárias para utilizá-lo de maneira eficiente. Se se deseja analisar o direito como canhão, ou seja, como arma para o confronto de forças, não se deve perder tempo com a compreensão das peculiaridades específicas de seus mecanismos, devendo o jurista se dedicar primordialmente ao exame daquelas alavancas que são utilizadas pelas partes em luta para apontá-lo em direção ao inimigo, o que permite compreender de que modo e com que finalidades ele pode ser utilizado.

O mais importante, portanto, não é o discurso jurídico, político ou econômico que toma as normas jurídicas como objeto privilegiado, mas a utilização concreta do direito como arma – ou seja, o acontecimento jurídico que gera determinados efeitos de poder, alterando as relações de força em determinado campo de

batalha, assim como a tomada de uma posição na guerra altera a situação estratégica das forças em combate.

4. Genealogia e poder

Para compreender a radicalidade dessa visão que trata o direito como acontecimento, é necessário reformular o modo como tradicionalmente se concebe o poder em nossas sociedades. É preciso deixar de lado as concepções econômicas do poder (tanto a vertente jurídico-liberal quanto a econômico-marxista) e utilizar o método genealógico numa análise não econômica do poder, partindo de duas hipóteses básicas: em primeiro lugar, da hipótese de que o poder não tem existência abstrata, não se dá nem se retoma, mas se exerce e só existe em ação; em segundo lugar, da hipótese de que o poder não é apenas manutenção e reprodução de uma dominação existente, mas é essencialmente relação de força (FOUCAULT, 2004a:175).

Diante dessas hipóteses, Foucault formula um conjunto de premissas metodológicas que se deve obedecer numa análise não econômica do poder, a partir das quais se pode compreender com clareza o que significa realizar uma genealogia microfísica do poder.

Trata-se, em primeiro lugar, de não analisar as formas do poder em seu centro, em seus mecanismos mais gerais e constantes; ao contrário, é preciso captar o *poder em suas extremidades*, onde ele se torna capilar, no ponto em que, ultrapassando as regras de direito que o organizam e delimitam, ele se corporifica em técnicas de sujeição material eventualmente violentas. Em segundo lugar, trata-se de não analisar o poder no plano da intenção ou da decisão de exercê-lo, mas de estudar o poder em suas *práticas reais e efetivas*, em sua face externa, na qual ele se relaciona diretamente com seu campo de aplicação, produzindo efeitos concretos de sujeição e dominação. Em terceiro lugar, o poder não deve ser tomado como fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo, grupo ou classe sobre os outros, mas como algo que *circula e só funciona em cadeia* – de modo que os indivíduos não são o alvo inerte do poder, mas centros de transmissão, estando sempre em posição de exercer esse poder e de sofrer a sua ação. Em quarto lugar, não se deve fazer uma dedução descendente do poder que, partindo do centro, procuraria ver até onde ele se prolonga para baixo; em seu lugar deve-se fazer uma *análise ascendente* do poder, com base em seus mecanismos infinitesimais, mostrando como eles se desdobram em mecanismos de dominação global – de modo que não é a dominação global que repercute até embaixo, mas uma dominação microfísica que gera efeitos globais de poder². E, por fim, é preciso examinar os *aparelhos de saber* que permitem o funcionamento e a circulação do poder, um saber que

²A tal ponto que Foucault pôde chegar a afirmar que o Estado não existe, mas é apenas o efeito móvel de um regime de governamentalidades múltiplas – *L'État, ce n'est rien d'autre que l'effet mobile d'un régime de gouvernementalités multiples* (FOUCAULT, 2004b:79).

não pode ser visto como mera construção ideológica, mas como uma verdade construída que atua simultaneamente como produto e condição de possibilidade do exercício do poder (FOUCAULT, 2004a:182-186).

Percebe-se que, com base nessas precauções metodológicas, se constrói uma concepção distinta de poder, que o retira do campo delimitado pela soberania jurídica e pela instituição do Estado, e passa a analisá-lo de forma relacional, mediante técnicas e táticas concretas de sujeição. Essa concepção, na medida em que busca fazer uma análise ascendente do poder, partindo das extremidades onde o poder circula e se manifesta em práticas reais e efetivas, permite escapar do dilema do condicionamento exaustivo e compreender o funcionamento real das práticas de poder emaranhadas nos interstícios das práticas jurídicas. Assim, o jurista torna-se capaz de relacionar poder e direito em seus estudos, sem ter de abrir mão da especificidade de seu objeto de pesquisa, mas também sem recair na sua supervalorização como elemento fundador da sociedade política. Ao tratar o direito como acontecimento, o método genealógico permite a realização de uma análise estratégica das práticas e do discurso jurídico, que ressalta seu caráter conflituoso e expõe o perpétuo combate de forças existente em seu interior – até então oculto pela racionalização jurídica ou eclipsado pela dominação econômica.

5. Análise estratégica das práticas e do discurso jurídico

Compreende-se melhor, agora, os motivos por que os métodos tradicionais de análise das relações entre direito e poder não são capazes de dar conta da complexidade dos problemas envolvidos no debate. O método positivista e as perspectivas contratualistas explicam apenas o funcionamento das armas da guerra, sem permitir que compreendamos as razões que deram início ao combate, nem a localização estratégica das forças em batalha. Trata-se, portanto, de uma visão muito limitada dessas relações. Já a perspectiva marxista fornece uma explicação extremamente genérica, que não possibilita o entendimento do papel específico desempenhado pelo direito nesse contexto, desvalorizando sua importância estratégica no interior do confronto de forças.

Já que iniciamos o capítulo com essa metáfora belicista, tão a gosto de Michel Foucault, podemos continuar a utilizá-la para afirmar que a análise estritamente jurídica nos fornece a visão restrita do soldado da linha de frente: ele sabe que está em guerra, é hábil no manejo de suas armas, está apto a identificar o inimigo contra quem luta, mas não compreende os interesses políticos e econômicos que fizeram com que houvesse guerra, em primeiro lugar. É claro que esse estudo também é muito importante, pois não é possível compreender a dinâmica da batalha ou vencê-la sem

um conhecimento preciso das armas e dos instrumentos capazes de nos conduzir à vitória. Contudo, é um estudo insuficiente, pois não nos permite enxergar os planos estratégicos que determinam os rumos do conflito, nem compreender aquilo que é sempre o mais importante: por que é que se luta, afinal? É preciso, então, complementar esse estudo com outra espécie de pesquisa: deve-se enxergar o direito do ponto de vista dos generais que comandam os exércitos, procurando desvendar os seus planos estratégicos mais gerais, as táticas de movimentação das tropas, as razões para a utilização de algumas armas e não de outras, e os interesses reais pelos quais lutam as forças em combate.

Trata-se, portanto, de não examinar o direito em termos de “institutos jurídicos”. O principal não é compreender o funcionamento jurídico de uma norma qualquer, opinar a respeito da sua constitucionalidade, decifrar sua natureza jurídica ou apontar o procedimento necessário para que ela seja aplicada. Como coleção de institutos jurídicos o ‘direito’ simplesmente não existe; só o que existe é um conjunto de prescrições abstratas e deveres genéricos, incapazes de provocar qualquer consequência concreta imediata.

Para enxergar as práticas de poder existentes nos interstícios das normas jurídicas é preciso tratar o direito como acontecimento, o que nos permite compreender as especificidades de um acontecimento jurídico qualquer em relação aos diversos outros casos abstratamente previstos pela norma que o fundamenta, começando pela mais óbvia: a sua existência enquanto possibilidade real, e a sua capacidade de veicular práticas reais de poder. Vistos como acontecimento, as práticas jurídicas e o discurso jurídico podem ser compreendidos como aquilo que de fato são, como ponto de ruptura, “uma relação de forças que se inverte, um poder confiscado, um vocabulário retomado e voltado contra seus utilizadores, uma dominação que se enfraquece [...] e outra que faz sua entrada mascarada” (FOUCAULT, MP:28).

E como o direito efetivamente faz parte dessa realidade de guerra, o fenômeno jurídico apenas pode ser examinado sob a condição de que se decifre o contexto em que ele se insere; só se pode compreender o direito atual a partir da compreensão das movimentações estratégicas que não apenas o modificam, mas também o utilizam como instrumento para modificar a realidade. Portanto, o estudioso do direito não pode se limitar a analisá-lo de maneira hipostasiada, como instância sem ligação com a realidade social que o circunda – enxergando-o como um conjunto de ‘normas que legitimam normas, que justificam normas, que dão origem a novas normas’, num processo infinito de formação do direito a partir do próprio direito. O direito está irremediavelmente imerso no tecido social, e apenas pode ser compreendido em relação com as outras formas de manifestação de poder, que não apenas lhe atribuem uma posição específica na sociedade de que

faz parte como também o colonizam, instrumentalizando-o para o cumprimento de funções que não estavam explicitamente previstas no texto jurídico. O direito não é apenas, como desejava Ihering (2004), aquilo *pele que* se luta para obter a paz; é, antes de tudo, aquilo *com o que* se luta para vencer a guerra.

A teoria do direito tradicional tende a dissolver as práticas de dominação e sujeição existentes em seu interior para fazer aparecer, em seu lugar, uma relação de consenso que fundamenta a organização racional da sociedade. Como reclama Foucault (2000:32), é preciso inverter essa direção de análise e deixar aparecer a dominação em sua brutalidade, mostrando não apenas como o direito é o instrumento dessa dominação (o que é óbvio), mas também como ele é o veículo permanente de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfos, que não têm qualquer parentesco com as relações de soberania que se costuma reconhecer em sua origem. É preciso examinar o direito, não sob o aspecto de uma legitimidade originária a ser fixada, mas sob o aspecto dos procedimentos de sujeição que ele põe em prática, fazendo com que apareça, no lugar da soberania e da obediência, o problema da dominação e da sujeição.

Se Foucault inverteu o aforismo de Clausewitz³ para afirmar que “a política é a guerra continuada por outros meios”, devemos estender essa inversão também ao direito, ressaltando que, se o direito interrompe a guerra ou tenta fazer reinar a paz na sociedade civil, não é de modo algum para neutralizar o desequilíbrio que se manifestou na batalha final, mas, pelo contrário, para reinserir perpetuamente essa relação de força no interior do próprio direito, cuja função é justamente sancionar o desequilíbrio de forças manifestado na guerra, continuar a guerra e atribuir à força das armas o poder de decisão final sobre a batalha (FOUCAULT, 2000:23).

O direito não é o campo do consenso e do restabelecimento da igualdade, mas um campo de enfrentamento belicoso de forças. Esse campo também não pode ser diluído no caldeirão da luta de classes, mas deve ter sua especificidade jurídica ressaltada, sob pena de se perder a capacidade de compreensão da microfísica dos combates, o que conduz à ignorância da autonomia do direito como importante campo de batalha. Afinal, nas palavras de Michel Foucault:

A lei não nasce da natureza, junto das fontes freqüentadas pelos primeiros pastores; a lei nasce das batalhas reais, das vitórias, dos massacres, das conquistas que têm sua data e seus heróis de horror; a lei nasce das cidades incendiadas, das terras devastadas; ela nasce com os famosos inocentes que agonizam no dia que está

amanhecendo. Mas isto não quer dizer que a sociedade, a lei e o Estado sejam como o armistício nessas guerras, ou a sanção definitiva das vitórias. A lei não é pacificação, pois, sob a lei, a guerra continua a fazer estragos no interior de todos os mecanismos de poder, mesmo os mais regulares. A guerra é que é o motor das instituições e da ordem: a paz, na menor de suas engrenagens, faz surdamente a guerra. Em outras palavras, cumpre decifrar a guerra sob a paz: a guerra é a cifra mesma da paz. Portanto, estamos em guerra uns contra os outros; uma frente de batalha perpassa a sociedade inteira, contínua e permanentemente, e é essa frente de batalha que coloca cada um de nós num campo ou no outro. Não há sujeito neutro. Somos forçosamente adversários de alguém (FOUCAULT, 2000:59).

6. Referências

- ALTHUSSER, L. **Sobre a reprodução**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- ARAÚJO, I. L. **Foucault e a crítica do sujeito**. Curitiba: UFPR, 2001.
- BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- DELEUZE, G **Conversações, 1972-1990**. Tradução de: Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: 34, 1992.
- _____. **Foucault**. Tradução de: Claudia Sant’Anna Martins. 1. ed., 5. reimpr. São Paulo: Brasiliense, 2005.
- DELEUZE, G.; GUATTARI, F. **Mil Platôs**: capitalismo e esquizofrenia. v. 1. Tradução de: Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa. Rio de Janeiro: 34, 2000.
- _____. v. 2. Tradução de: Ana Lúcia de Oliveira e Lúcia Cláudia Leão. Rio de Janeiro: 34, 2002a.
- _____. v. 3. Tradução de: Aurélio Guerra Neto et ali. Rio de Janeiro: 34, 1999.
- _____. v. 4. Tradução de: Sueli Rolnik. Rio de Janeiro: 34, 2002b.
- _____. v. 5. Tradução de: Peter Pál Pelbart e Janice Caiafa. Rio de Janeiro: 34, 2004c.
- FONSECA, M. A. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

³Carl von Clausewitz é o formulador do princípio segundo o qual “a guerra não é mais que a continuação da política por outros meios”; ela “não é somente um ato político, mas um verdadeiro instrumento da política, seu prosseguimento por outros meios” (apud Foucault, 2000:22).

FONSECA, R. M. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

_____.(Org.). **Crítica da modernidade**: diálogos com o direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

FOUCAULT, M. **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**. Tradução de: Andréa Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

_____. **Em defesa da sociedade** (Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A ordem do discurso**. Tradução de: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2001a.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2001b.

_____. **Vigiar e punir**. Tradução de: Raquel Ramallete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Ditos e escritos IV**: estratégias, saber-poder. Organização de: Manuel Barros da Motta. Tradução de: Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **Microfísica do poder**. Tradução de: Roberto Machado. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2004a.

_____. **Naissance de la biopolitique**. Lonrai: Gallimard/Seuil, 2004b.

_____. **Securité, territoire, population**. Lonrai: Gallimard/Seuil, 2004c.

GUANDALINI JR., W. Da ascese à disciplina: a ética protestante e a constituição do sujeito capitalista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, n. 41. Curitiba: SER/UFPR, p. 115-129, 2004.

_____. A política da vida: entre o bando e o sujeito de direito. In: **Crítica da modernidade**: diálogos com o direito. Organização de: Ricardo Marcelo Fonseca. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 187-198, 2005.

IHERING, R. Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

RAGO, M.; ORLANDI, L. B. L.; VEIGA-NETO, A. (Orgs.). **Imagens de Foucault e Deleuze – ressonâncias nietzschianas**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

WIEACKER, F. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

