

ROGÉRIO GESTA LEAL
ANÍZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ORGANIZADORES

**BENS JURÍDICOS
INDISPONÍVEIS E
DIREITOS
TRANSINDIVIDUAIS:**
percursos em
encruzilhadas



**BENS JURÍDICOS
INDISPONÍVEIS E
DIREITOS
TRANSINDIVIDUAIS**
percursos em
encruzilhadas



CONSELHO ADMINISTRATIVO

David Medina da Silva – Presidente

Cesar Luis de Araújo Faccioli – Vice-Presidente

Fábio Roque Sbardellotto – Secretário

Alexandre Lipp João – Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

Fábio Roque Sbardellotto

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luis Augusto Stumpf Luz

CONSELHO EDITORIAL

Anizio Pires Gavião Filho

Fábio Roque Sbardellotto

Guilherme Tanger Jardim

Luis Augusto Stumpf Luz

ROGÉRIO GESTA LEAL
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ORGANIZADORES

**BENS JURÍDICOS
INDISPONÍVEIS E
DIREITOS
TRANSINDIVIDUAIS**
**percursos em
encruzilhadas**



PORTO ALEGRE, 2015

© 2015 - FMP

CAPA Joni Marcos Fagundes da Silva

DIAGRAMAÇÃO Evangraf

REVISÃO DE TEXTO Felícia Xavier Volkweis

RESPONSABILIDADE TÉCNICA Patricia B. Moura Santos

Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento

Rua Cel. Genuíno, 421 - 6º, 7º, 8º e 12º andares

Porto Alegre - RS- CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

E-mail: fmp@fmp.com.br

Web site: www.fmp.edu.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
CIP-Brasil. Catalogação na fonte

B474 Bens jurídicos indisponíveis e direito transindividuais: percursos em encruzilhadas [recurso eletrônico] / Rogério Gesta Leal, Anízio Pires Gavião Filho, organizadores. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: FMP, 2015. 418 p.

Modo de acesso: <http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-book-BENS_JURIDICOS_INDISPONIVEIS.pdf>

ISBN 978-85-69568-00-1

1. Direitos Humanos. 2. Garantias. 3. Democracia. 4. Cidadania. I. Leal, Rogério Gesta. II. Gavião Filho, Anízio Pires. III. Título

CDU: 342.7

Bibliotecária Responsável: Patricia B. Moura Santos – CRB 10/1914

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

APRESENTAÇÃO

As relações sociais e institucionais contemporâneas estão marcadas pelos mais diversos níveis de tensionalidades, envolvendo problemas de ordem econômica, política, ideológicas, entre outros, e gerando multiplicidades de conflitos de difícil equação, a ponto de Ralf Dahrendorf sustentar que esta sociedade tem como marca a exclusão, o conflito social, e tal não se dá fundamentalmente entre classes, mas em face da desigualdade, da crescente pobreza e da perda de liberdade.¹

Sob a perspectiva sociológica há quem diga, como Durkheim, que esses conflitos e tensões sociais evidenciam algo de *próprio* das relações intersubjetivas e institucionais em ambientes de alta competitividade e disputas, decorrendo daí muitos comportamentos tipificados penalmente. Por certo que esta tese não pode ser admitida facilmente, até porque estar-se-ia aceitando o argumento de que a criminalidade e o conflito são da *natureza* daquelas relações, quando, na verdade, a sociologia mais contemporânea já demonstrou que há elementos culturais, econômicos e políticos que interagem nestes horizontes, eviden-

¹ DAHRENDORF, Ralf. *En busca de un nuevo orden: una política de libertad para el siglo XXI*. Barcelona: Paidós, 2005.

ciando variáveis mais contingentes do que necessárias às suas ocorrências.²

Alguns autores, como Ulrich Beck, têm denominado tais fenômenos como próprios da Sociedade de Risco³, ou seja, uma sociedade globalizada sob o ponto de vista econômico, na qual os problemas e soluções se generalizam cada vez mais. Referem-se a ambientes coletivos mais do que individuais, o que impacta as decisões tomadas neste âmbito, eis que afetam a muitas pessoas e comunidades.

Essa Sociedade de Risco gera várias situações de insegurança e descontroles pessoais e institucionais, fragilizando ou ao menos colocando em xeque, por vezes, os mecanismos de garantias de direitos – notadamente os estatais, exatamente porque se apresentam com lógica e funcionalidades não antes vistas. Em ambiências assim surgem respostas igualmente radicais (e não satisfativas) para tentar aplacar os sentimentos de impotência em face do que é conjuntural: violência, criminalidade, desrespeito a Direitos Fundamentais e a novos Direitos, mais Difusos e Coletivos do que Individuais, descréditos das representações políticas oficiais, entre outros.

-
- 2 Ver: QUINNEY, Richard. *The Social Reality of Crime*. Boston: Little, Brown and Company, 1980; _____. *Critique of Legal Order: Crime Control in Capitalist Society*. Boston: Little, Brown and Company, 1992. Cabe ainda mencionar autores clássicos, como: (a) Gabriel Tarde, em seu texto *Las leyes de la imitación*. Madrid: Daniel Jorro, 1907, com sua tese de que a criminalidade se imita como na moda; (b) Edwin Hardin Sutherland, nos seus *Principles of Criminology*. Chicago: J. B. Lippincott Co., 1947, para quem o crime se aprende no âmbito da convivência social mediante processos similares às condutas ajustadas ao Direito (*social learning*). Ver também o excelente texto de MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Manual de criminología: introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid: Espasa-Calpe, 1988.
- 3 Ver, entre outras obras do autor: BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Trad. Bernardo Moreno e M.ª Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2001; _____. *La democracia y sus enemigos*, trad. Daniel Roberto Álvarez, Barcelona, Paidós, 2000; _____. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e M.ª Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998; _____. Teoría de la sociedad del riesgo. In: *Las consecuencias perversas de la modernidad*. AA. VV. Trad. Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996; _____. De la sociedad industrial a la del riesgo. In: *¿Hacia una sociedad del riesgo?*, AA. VV. Trad. Alejandro del Río Herrmann. Madrid, Revista de Occidente, n.º150, 1993; _____. La reivindicación de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva. In: *Modernización reflexiva: política, tradición y estética en el orden moderno*. AA. VV. Trad. Jesús Alborés. Madrid: Alianza Universidad, 2001.

Na perspectiva de Luhman, por outra via, a Sociedade de Riscos apresenta-se como um mundo de escuridão no qual a visão não alcança muito longe. Nele, o risco se apresenta como unidade de medida civilizatória, razão pela qual o conceito de *segurança* exsurge como contraponto racional e institucional – a despeito de ser um conceito vazio.⁴ Daí porque tal sociedade evidencia certo tipo de desenvolvimento que se notabiliza pela dinâmica de criação de riscos de diversas ordens (políticos, difusos, coletivos, individuais não homogêneos, ambientais, de segurança etc.).

Por tamanha obscuridade e equívocos de perspectivas, a Sociedade de Riscos também gera visibilidades turvas de horizontes possíveis e reais, dando maior destaque àquilo que não se pode fazer do que àquilo que se deveria fazer, assim gerando os chamados *imperativos de evitação* de que fala Beck.⁵

De qualquer sorte, e tomando todos os cuidados para que esse conceito de Sociedade de Risco não justifique expansionismos normativos e estatais de redução de direitos ou violação de garantias conquistadas a duras penas (Direitos Fundamentais, Devido Processo Legal, Ampla Defesa, Contraditório em processos e procedimentos judiciais ou administrativos etc.), em nome da insegurança gerada por níveis elevados de violência e criminalidade social (alguns até exageradamente potencializados inclusive pelos meios de comunicação de massa), tenho que se pode reconhecer como verossímil a percepção de precariedade do presente e futuro da Democracia, em face dos

4 LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. In: *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996, p.123 e seguintes. Luhmann lembra que, aqui, o risco difere do perigo, visto que o primeiro seria o eventual dano produto da decisão humana enquanto o segundo apresentar-se-ia como o hipotético dano causado pelo mundo exterior ou entorno (proveniente da natureza); assim a *segurança* deveria representar a aversão ao risco e capaz de evitar o perigo.

5 BECK, Ulrich. *Teoría de la sociedad del riesgo*. Op. cit., p.214.

riscos permanentemente existentes a ela e sua cidadania. Não que todos esses riscos representem catástrofes demiúrgicas, mas todos são preocupantes porque colocam em situação de instabilidade (uns mais que outros) a ordem democrática.

Por tais razões é que a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul formatou grupos de pesquisas ao longo de sua trajetória tratando desses temas e deixando clara a preocupação para com esses cenários sociais e institucionais, o que resta evidenciado em sua grade curricular e eleição de suas linhas de pesquisa institucionais. Dessa forma, dá-se ênfase à formação crítica e comprometida com as Garantias Constitucionais, os Direitos Fundamentais, às Instituições Democráticas da República, o que de certa forma já vem desde longa data ancorado pelo testemunho histórico do Ministério Público no Brasil, e em especial no Rio Grande do Sul, ativo protagonista de tutela e efetivação do Estado Democrático de Direito à Cidadania.

Os grupos de pesquisas referidos, com professores doutores, mestres, alunos da especialização e da graduação em Direito, ao longo do ano de 2014 e neste ano de 2015, reuniram-se periodicamente para debater os problemas referidos, resultando daí o presente livro.

As reflexões travadas nos grupos de pesquisa evidenciaram a importância dos chamados Direitos Públicos Incondicionados, aqui entendidos os que envolvem o reconhecimento da existência de interesses e direitos da coletividade como um todo, para além dos Direitos Fundamentais Individuais, inclusive multiculturais, dando-se destaque, entre outros, à questão da segurança pública, das políticas preventivas e curativas de enfrentamento da corrupção, das medidas necessárias às ações do mercado violando Direitos Fundamentais.

Neste particular, fazem ver como o sistema jurídico penal, por exemplo, e até há pouco tempo, vinha focando em ações ilícitas perceptíveis pelos sentidos, tangíveis e identificadas facilmente em face de suas materialidades e autorias, mensuradas pelos níveis de violência ínsita que as caracterizavam (crimes contra as pessoas, contra a propriedade). Agora, todavia, se vê tensionado em alguns de seus institutos dogmáticos tradicionais, como culpabilidade, imputabilidade, autoria, materialidade, entre outros, pois novos comportamentos crimínógenos exurgem, não sendo a violência física o que os caracteriza, intensificando-se os delitos de perigo abstrato ou presumido, como os que atingem o que se pode chamar de bens públicos incondicionados, como o meio ambiente natural e construído, a probidade e moralidade dos setores públicos e privados (notadamente por pessoas jurídicas e empresariais), que por vezes praticam corrupção, entre outros.

Nestes horizontes, chama atenção o trabalho para o fato de existir quem defenda a intervenção maior do Estado e de um sistema jurídico expansivo para enfrentar a Sociedade de Riscos (na qual alguns comportamentos ilícitos vêm ganhando sofisticação conformativa, tais quais os que envolvem o crime organizado, os ilícitos empresariais, o tráfico de drogas, a corrupção, a lavagem de dinheiro, o terrorismo, entre outros). Assim, surgem novos tipos penais, o agravamento de determinadas penas, a criação de novos bens jurídicos, a flexibilização de critérios de imputação, a relativização de alguns princípios político-criminais, a reinterpretção das clássicas garantias do Direito Penal substantivo e adjetivo⁶, configurando-se mais como preventivo do que curativo, por vezes fazendo eclodir o que se tem

6 Ver: MOCCIA, Sergio. *La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

chamado de Estado Preventivo de Segurança, no qual a produção normativa e os mecanismos decisoriais tendem a reorganizar-se permanentemente como resposta a situações de emergência estrutural que marcam as relações sociais hodiernas – algumas seguramente exageradas por perspectivas apressadas e insuficientes de análise de conjuntura.

Os trabalhos aqui expostos ainda alertam para o fato de que outra reação/resposta do Estado em face desta Sociedade de Riscos é a formatação de novos núcleos conceituais e normativos de direitos de natureza transindividual, em especial envolvendo as relações de consumo, a participação política da cidadania, os problemas urbanísticos, entre outros, todos a merecer posturas e atitudes proativas de suas garantias e efetivação.

Os direitos transindividuais se originaram de conflitos sociais instaurados no último século, obrigando o reconhecimento e a proteção da educação, segurança, meio ambiente natural e construído, saúde, entre outros de natureza fluída, cuja titularidade compete a todo cidadão. Estão situados entre o interesse público e o interesse privado, pois, embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. Não se está diante, propriamente, de interesses públicos, assim entendidos aqueles que têm no Estado o titular único e exclusivo de sua tutela, já que frequentemente o próprio Estado aparece como o causador de lesões aos direitos individuais. Mas pouco se trata de interesses privados disponíveis, pois os direitos difusos, em suas diversas manifestações, não são jamais a soma de direitos individuais, e sim direitos pertencentes indivisivelmente a todos, marcados no mais das vezes pelas características da indisponibilidade.

Aliás, esses direitos transindividuais não podem ser vistos como fenômeno contemporâneo, pois sempre existiram. Sem sombra de dúvidas, a ordem constitucional contemporânea – notadamente a brasileira – os reconheceu de forma explícita e pontual, fazendo referência expressa à proteção do meio ambiente, da saúde, do bem-estar social, dos consumidores, mas também são emergentes do plano do evolver social referido, com toda a sua complexidade e desafios.

Com a publicação desta obra, a Fundação Escola Superior do Ministério Público inscreve cada vez mais no cenário nacional e internacional sua vocação e identidade formativa, à graduação e pós-graduação, compromissada com os Direitos e Garantias Fundamentais, Individuais e Sociais, visando à qualificação dos profissionais da área do Direito de forma multidisciplinar e crítica bem como evidenciando sua maturidade para voos mais altos.

PREFÁCIO

LENIO LUIZ STRECK

O século XX foi extremamente generoso para com o direito e a filosofia. Apesar da tragédia de duas guerras mundiais, o direito ressurgiu depurado de seus equívocos. Auschwitz nunca mais poderia ser o lema do novo paradigma exurgente do Estado Democrático de Direito. Um direito pós-bélico, dirá Aganben. O direito fracassara e, nessa repactuação, exsurge com um grau de autonomia nunca antes imaginado. Contra os predadores exógenos do direito (moral, economia e política), agora se construía uma espécie de blindagem. A democracia passaria a ser feita no e partir do direito. Cláusulas pétreas, direitos fundamentais, cooriginariedade entre direito e moral: eis o novo paradigma que se afirmou no decorrer das décadas, chegando ao século XXI com um rol importante de conquistas e com outro ainda por fazer, mormente em países de modernidade tardia como o Brasil.

Se o direito recebe esse grau de autonomia, a filosofia recebe a sua condição de possibilidade: a linguagem, que de terceira

coisa, passa ao lugar cimeiro. Para além do esquema sujeito-objeto, a filosofia, agora com dois giros (*linguistic turn* e *ontological turn*), passa à intersubjetividade. O reconhecimento do outro se entranha na sociedade e no Estado no e partir do direito, compreendido no e partir desse novo paradigma filosófico. Nessa autêntica invasão da filosofia pela linguagem, encontramos essa generosa contribuição do século XX especialmente para o direito, que, agora, passa a assumir os diversos modos de análise e compreensão, visível a partir da hermenêutica, das teorias discursivas e de todas as posturas ou teses que apontam para a superação dos diversos positivismos que povoa(ra)m o imaginário dos juristas no decorrer do século XX, e que, em alguns aspectos, permanece recalcitrante no início do novo século.

Pois é nesse exato contexto que a presente obra – que tenho a honra de prefaciá-la – se insere. Os diferentes textos que perfazem o livro *Bens jurídicos indisponíveis e transindividuais: percursos em encruzilhadas*, dos Grupos de Pesquisas da Fundação Escola de Direito do Ministério Público do Rio Grande do Sul, conduzem o leitor à compreensão das duas revoluções (copernicanas) acima especificadas. Temáticas que se intercalam organicamente, perfazendo um todo harmônico: o papel do judiciário na consecução da justiça social, a discussão da teoria do discurso no âmbito da construção das condições das decisões judiciais, a importância da hermenêutica e suas condições epistêmicas no marco da criação judicial, o conceito de *judicial review* no cenário de um presidencialismo de coalizão a partir de Dworkin, a invasão de um certo “precedentalismo” no campo processual brasileiro a partir do novo Código de Processo Civil, a necessidade de se fazer um resgate do conceito de “capital social”, a contemporânea e indispensável discussão dos efeitos deletérios da

corrupção em um país de modernidade tardia, temática ligada umbilicalmente com o direito fundamental a uma gestão pública transparente e, finalmente, as condições da cidadania, no plano do acesso à justiça, do direito à cidade que todos temos, em um país que se torna cada vez mais excludente.

Desse modo, a obra *Bens jurídicos indisponíveis e transindividuais: percursos em encruzilhadas* se constitui em importante instrumento de pesquisa para a compreensão do universo da crise de paradigmas que atravessa o direito brasileiro. Dos problemas ocasionados pelo ativismo judicial que, por vezes, não é devidamente diferenciado da judicialização da política aos problemas da decisão judicial e de suas condições nos marcos de uma dogmática jurídica tradicionalmente refratária dos influxos críticos provenientes das diversas correntes e posturas que se construíram no decorrer do século XX (teorias críticas das mais variadas, todas preocupadas com a superação das velhas posturas formalistas), até a atenção especial às demandas por transparência em uma sociedade que ainda guarda resquícios estamentais, o pesquisador aqui poderá encontrar material para seus seminários, dissertações e teses. Boa leitura!

Da Dacha de São José do Herval e seu espesso nevoeiro deste final de inverno para a FMP e seu corpo docente, em julho de 2015.

SUMÁRIO

- [1] O PODER JUDICIÁRIO E A JUSTIÇA SOCIAL
PLAUTO FARACO DE AZEVEDO 17
- [2] A TEORIA DO DISCURSO E O DISCURSO JURÍDICO JUDICIAL
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO 33
- [3] O PARADIGMA EPISTEMOLÓGICO HERMENÊUTICO CRIATIVO/
PRODUTIVO NO DIREITO: ser/sujeito e existência
RAQUEL F. L. SPAREMBERGER E BRUNO HERINGER JÚNIOR 74
- [4] A LEI ANTICORRUPÇÃO Nº 12.846/2013, UM LONGO
CAMINHO PERCORRIDO
ROGÉRIO GESTA LEAL E FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO 114
- [5] CONSIDERAÇÕES SOBRE A NECESSIDADE DE RESGATAR O
CONCEITO DE CAPITAL SOCIAL: análise da *crise* (ou redefinição)
da noção de capital social
JOSÉ TADEU XAVIER 152
- [6] AS CONDIÇÕES DEMOCRÁTICAS DE RONALD DWORKIN E O
INSTITUTO DA *JUDICIAL REVIEW*: a democracia é possível aqui?
FRANCISCO JOSÉ BORGES MOTTA 202

- [7] A INCOMENSURABILIDADE INTERPRETATIVA NO ATUAL CONTEXTO BRASILEIRO DO PRECEDENTALISMO DISCURSIVO DAS DECISÕES JUDICIAIS: o lugar da hermenêutica filosófica
MAURICIO MARTINS REIS 237
- [8] TRANSPARÊNCIA, DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO E PARTICIPAÇÃO NA GESTÃO DA COISA PÚBLICA: exposição de motivos ao Projeto de Lei de processo administrativo no município de Porto Alegre
MAREN GUIMARÃES TABORDA E GAMALIEL VALDOVINO BORGES.... 260
- [9] O DIREITO À CIDADE EM JUÍZO
BETÂNIA ALFONSIN 282
- [10] A OFERTA AUTOMATIZADA
CRISTINA STRINGARI PASQUAL..... 305
- [11] SISTEMA PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICO: reflexos de sua proposição junto ao projeto de Código de Processo Penal
MAURO FONSECA ANDRADE 339
- [12] COERÊNCIA, INTEGRIDADE E DECISÃO JURÍDICA DEMOCRÁTICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
LENIO LUIZ STRECK E FRANCISCO JOSÉ BORGES MOTTA 372
- [13] PUBLICIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL: estudo de caso
MAREN GUIMARÃES TABORDA..... 394



O PODER JUDICIÁRIO E A JUSTIÇA SOCIAL¹

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO²

Salienta Coing, referindo-se às ideias de Collingwood, que, no plano histórico, o homem toma suas decisões em função de situações bem determinadas, mas “é a imagem que o homem faz da situação, mais do que ela própria, que restringe sua liberdade e determina sua ação. A pesquisa desta situação leva-nos à pesquisa do pensamento do homem que agiu”.³

Tais ideias se mostram oportunas para que se considere a incidência da ideologia na elaboração e aplicação do Direito. Resulta a regra jurídica sempre de uma decisão do legislador ou do juiz, tendo em vista determinada situação social. Todavia, nessa decisão, o que sobreleva não são os dados diretamente decorrentes das situações consideradas, mas, sim, a imagem que um ou outro delas faz, nada

-
- 1 O presente escrito foi publicado pela Livraria do Advogado editora, que permite que seja republicado para sua maior divulgação.
 - 2 Doutor em Direito pela Universidade Católica de Louvain. Professor aposentado da Faculdade de Direito da UFRGS. Professor de Introdução ao Estudo do Direito e de Globalização e Economia da Faculdade de Direito da Escola Superior do Ministério Público.
 - 3 COLLINGWOOD, R. G. *The Idea of History*. Oxford: Oxford University Press, 1946. Cf. Coing, Helmut. *Savigny et Collingwood ou: histoire et interprétation du droit. Archives de philosophie du droit*, Paris: 6, 1959.

garantindo que ela corresponda exatamente à realidade. Ao contrário, é sempre possível que esta não seja adequadamente considerada.⁴ Se o falseamento da imagem ocorrer na elaboração da lei, terá como resultado uma legislação inadequada porque está em desacordo com as circunstâncias históricas vigentes, em função de que as normas jurídicas são prepostas. Se sobrevier por ocasião da aplicação judicial do Direito, a decisão será insatisfatória, dado seu desajuste aos dados do litígio. Na esfera administrativa, pode ocasionar desde o desperdício dos recursos até a perda do sentido do bem comum, deslegitimando os agentes do poder público.

Podendo a incidência ideológica permear negativamente a atividade de qualquer dos poderes do Estado, suas consequências serão variáveis, segundo o desvirtuamento subjetivo por ela produzido nas situações reais. Precisa, pois, o jurista ter consciência de sua virtual atuação, devendo adestrar-se em discerni-la. Para isso, não pode pretender ser tão só um técnico a serviço da ordem estabelecida, indiferente ao processo histórico, conforme o papel que lhe assinala o positivismo jurídico. Conforme com essa situação, “poucos juristas se preocupam em saber a que servem; eles obedecem”, como observa Michel Villey. Diz-se que “servem à ordem, à segurança; *mas, não importa a que ordem?*”.⁵ Ora, justamente proclamar-se indiferente em face da ordem a que obedecem sela, desde logo, o caráter ideológico do discurso do jurista. Sua pretensa neutralidade, encobridora dos interesses protegidos ou descurados pela ordem jurídica, não o exclui, mas o denuncia.

Para os fins ora perseguidos, faz-se necessário caracterizar a ideologia, em seus grandes traços, de modo a apreender seu signi-

4 Ibid., p. 7.

5 VILLEY, Michel. *Leçons D'Histoire de la Philosophie du Droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962. p. 113. Grifo nosso.

ficado e projeções no campo do Direito. Não se pode fazê-lo sem que, implicitamente, se deixe de reconhecer o quanto o pensamento filosófico é, neste ponto, tributário das elaborações de Karl Marx. É o que se pode perceber na conceituação apresentada por Lalande, segundo a qual por ideologia

se entende o pensamento teórico que julga desenvolver-se abstratamente sobre seus próprios dados, mas que é, em verdade, expressão de fatos sociais, particularmente de fatos econômicos, dos quais aquele que a constrói não tem consciência ou, ao menos, não se dá conta de que eles determinam seu pensamento.⁶

Edgar Morin considera a ideologia de um ângulo fecundo, buscando sua interação com a circulação das informações, cuja profusão constitui uma das características de nosso tempo. Começa por observar que “sofremos simultaneamente de subinformação e superinformação, de [sua] escassez e excesso”. Seu caráter copioso impede que se medite sobre os acontecimentos que constantemente nos são relatados e logo outros tantos sobre aqueles se precipitam. Em consequência, produz-se uma cegueira dentro da nuvem das informações, em que as tragédias e os desastres se banalizam. “A superinformação nos submerge no informe”, conduzindo à subinformação, associando-se esta, tantas vezes, à informação-ficção, tanto mais infundada quanto repetida e acreditada.⁷

Do ponto de vista da teoria da informação, o já sabido, conhecido, é irrelevante, constituindo mera redundância. Fato portador de

6 LALANDE, André. *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*. 10. ed. Paris: Presses universitaires de France, 1968, p. 459.

7 MORIN, Edgar. *Para sair do Século XX (Pour Sortir du XXe. Siècle)*. Trad. Vera Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 23-41, onde abundantes exemplos históricos contemporâneos ilustram a exposição do tema.

informação é aquele “que, ou põe um termo em dúvida, ou traz algo de novo, isto é uma surpresa”. Isso posto, interessa saber a relação existente entre informação e ideologia. Para tanto, deve-se ter em conta que nossa relação com o mundo exterior passa não apenas pelos mídias informacionais, mas, também, por nossos sistemas de ideias, que recebem, filtram, fazem uma triagem daquilo que os mídias nos trazem. Em relação às coisas sobre que não temos uma opinião formada, somos extremamente abertos às informações [...]. Em compensação, nos casos em que dispomos de ideias firmes e arraigadas, somos muito receptivos quanto às informações que as confirmam, mas muito desconfiados para com aquelas que as contrariam.

Vale dizer, resistimos às informações que não se adaptam à nossa ideologia. “A ideologia provoca a explosão da informação [...] para que a informação não a faça explodir.” Nesse contexto, a ideologia “é um sistema de ideias feito para controlar, acolher, rejeitar a informação”.⁸ Passa esta sob o crivo daquela por ser “necessária uma teoria que possa acolher a informação, isto é, que possa também contestá-la”. Sendo assim, não deve a ideologia fechar-se sobre si mesma, “senão seríamos incapazes de receber a mínima lição do real e de acolher o novo [...]”. A virtude da informação acha-se em “sua aptidão para destruir a ‘racionalização’ (sistema de ideias que pretende encerrar em si o real) e criar uma racionalidade nova (novo sistema coerente que integra a informação)”. Em suma, faz-se necessário um duplo controle: “devemos aceitar que o núcleo de nossa ideologia seja submetido ao controle da informação, mas é preciso, reciprocamente, que a informação seja controlada pela racionalidade, isto é, o recurso conjunto à verificação empírica e à verificação lógica”.⁹

⁸ Ibid., p. 41-45.

⁹ Ibid., p. 47.

É a partir desses dados, válidos para a teoria da informação e para o conhecimento em geral, que se pode buscar desideologizar o pensamento. É necessário que a vontade de conhecer o que acontece seja acompanhada de um questionar-se do sujeito cognoscente, de modo a si próprio progressivamente conhecer-se. É por este caminho que se pode buscar, na medida do possível, evitar a aceitação das ideias preconcebidas ou das falsas crenças que tudo diluem e comprometem “no já visto e etiquetado”. É munido desse antídoto que se deve procurar compreender a dinâmica da vida social, em que se insere, como seu elemento regulador, o Direito, ao mesmo tempo sobre ela influente e dela recebendo o influxo.

É necessário estudar o Direito e sua aplicação a partir das questões sociais concretas a que se refere, evitando o trato das questões independentemente do quadro histórico a que pertencem. Por essa forma, evitam-se as soluções formais, características do exercício da ciência pela ciência, reveladoras de olímpico desprezo pelas contingências humanas. Não é possível confundir a precisão conceitual, indispensável ao trato adequado dos problemas, com o culto do conceito pelo conceito, a pretexto de uma falsa cientificidade do Direito. Elías Díaz, aludindo à deformação ideológica produzida pelas tendências formalistas, observa que nelas se produz “uma ruptura entre o conceito e a realidade, ou melhor, a ficção de uma redução da segunda ao primeiro, considerado, ao cabo, como única e principal realidade”. Com a deformação ideológica, quer-se, consciente ou inconscientemente, não tocar nos problemas deste mundo.¹⁰

Na medida em que a formação jurídica se dá segundo “o modelo dogmático-positivista”, que se limita à descrição das instituições

10 DÍAZ, Elías. Ideología y Derecho; para Una Crítica de la Cultura Jurídica de la Sociedad Burguesa. In: *Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático*. Madrid: Civitas, 1978, p. 189-90.

vigentes, interessando-se sobretudo pela lógica das proposições legais e dos conceitos jurídicos, não se avança na construção de um discurso jurídico capaz de conduzir à realização da justiça social. Se o jurista não tem formação ampla, multidisciplinar, “de modo a conectar o jurídico com o social, de modo crítico”, não pode imaginar as instituições de modo diverso daquele por que se apresentam, mostrando-se incapaz de contribuir à sua modificação quando as circunstâncias o exigem. A ordem estabelecida, para manter-se, precisa adaptar-se às necessidades sociais progressivamente configuradas. É evidente que tais modificações não se realizam somente pela vontade e ação do jurista, uma vez que se acham na dependência de múltiplos fatores, entre os quais avultam os de ordem econômica. Mas é certo, no entanto, que não serão elas, de forma alguma, favorecidas por um modelo de ciência jurídica acrítico e ultrapassado. Isso é sobretudo verdadeiro em um país, como o Brasil, em que a injustiça social é flagrante.

Nossa realidade não resiste a qualquer indagação séria do ponto de vista da “justiça distributiva”. Percebe-se, a olho nu, a dramática situação em que se encontra a grande maioria de nosso povo, constrangido a sobreviver sem saneamento básico, sem emprego ou no subemprego, sem moradia ou em sub-habitações, sem qualquer participação nos bens culturais *stricto sensu*, inacessíveis à subvida a que tem sido condenado.

Na sociedade, assim dividida, reina a discórdia, passando os homens a conspirar uns contra os outros, como já asseverava Platão¹¹, de tal sorte que se perde, a cada dia que passa, o sentimento de solidariedade e de comunidade de destino indispensável à vida da

11 PLATON. La République. In: __: *Oeuvres Complètes*. [s. l.]: Gallimard, 1950. V. v.1., p. 1148-54, 550c-555a.

nação. A moralidade pública degrada-se acentuadamente, arrastando a moralidade privada em seu naufrágio. Os crimes de toda ordem não fazem senão aumentar desde o furto praticado pelos excluídos da partilha dos bens sociais, passando pelo sequestro, pelo latrocínio, pelo abuso sexual de menores abandonados à senha de malfeitores e gigolôs sem entranhas, chegando ao assassinato, por motivo fútil, com requintes de frieza e crueldade.

A tudo isso não pode ficar alheio o jurista. Não é possível validamente sustentar que a Ciência Jurídica, para ciência ser, não deva ter comprometimento com a busca da justiça social. É preciso distinguir a Ciência Jurídica de sua versão positivista. A Dogmática ou Ciência Jurídica, para ser eficaz, deve assentar na sociedade. Contrariamente ao positivismo, precisa ser criativa e sensível ao quadro histórico a que se destina, devendo ser prospectiva, e não regressiva. A Ciência Jurídica, hoje, não pode mais ser caracterizada pelo dogmatismo exegético, peculiar ao contexto posterior à Revolução Francesa. À época, podia a Ciência Jurídica dar-se ao luxo de exegetismo purista, tendo em vista que a legislação revolucionária representava indiscutivelmente um progresso relativamente àquela do Antigo Regime. Tratando-se de consolidar o poder burguês, era natural que se buscasse preservar ao máximo a estrutura legal dele derivada.

Hoje, depois de duas guerras mundiais, em um mundo em manifesta crise, como evidenciam os inúmeros conflitos geograficamente situados, denotadores do mal-estar característico de nosso tempo, não é mais possível postular e defender uma Ciência Jurídica indiferente ao quadro social a que se destina seu trabalho. Como não é possível, por outro lado, pretender a extinção da Ciência Jurídica, uma vez que sem ela não se pode instrumentalizar a aplicação

do Direito; o que se tem a fazer é compreender que a atividade do jurista não pode ser dissociada da valorização crítica das instituições. Deste modo, a Ciência Jurídica poderá auxiliar na realização de um convívio mais condizente com os direitos humanos e a justiça social. O jurista, por outra parte, sentindo que seu trabalho não se exaure nas abstrações, compreenderá o relevante papel social que lhe está reservado. Por outra parte, pensando e trabalhando a Ciência Jurídica sem limites epistemológicos artificialmente postos, naturalmente caminhará para a rejeição da visão atomizada do Direito, buscando, antes, uma “concepção totalizadora”, em que suas diferentes dimensões se encontrem.

Por essa forma, pode-se compreender a importância manifesta do esforço por desideologizar o pensamento, para estudar e aplicar o Direito. Como ressalta Edgar Morin, a ideologia não pode ser rígida a ponto de eliminar a informação, devendo filtrá-la e integrá-la em novo contexto racional por ela modificado e enriquecido.¹² Ora, é preciso ter em vista que o positivismo jurídico é uma “ideologia”. Amparado no progresso científico geral, mas, também, com finalidade de manutenção do *statu quo*, “o positivismo vê a ordem jurídica como sistema autossuficiente”, enquanto a lei se torna dogma e, como tal, suscetível de ser considerada apenas formalmente. Instaura-se, assim, a ideologia da ciência pela ciência, descomprometida de suas finalidades sociais, terminando por desembocar no paradoxo das duas verdades – do jurista e do povo – a que alude Raymundo Faoro.¹³

Há que se ter em vista, como aponta René Verdenal, que o próprio positivismo filosófico de Augusto Comte só pode ser compre-

12 Vide supra.

13 FAORO, Raymundo. *A Injustiça nos Tribunais*. Aula inaugural na Faculdade de Direito da UFRGS a 20 de março de 1986. Porto Alegre: UFRGS, 1986.

endido sob o pano de fundo de uma sociedade traumatizada pela Revolução Francesa. Comte, a seu modo, procura deter o curso da história e, para isto, propõe uma terapia à sua maneira. Daí a insistência da noção de ordem em sua filosofia. Todo o seu pensamento gira em torno dela, sendo a matriz de sua abordagem dos temas filosóficos. “A mania classificatória ilustra sem cessar essa obsessão de ordem.” Por meio da classificação das ciências, “designa a cada cientista a sua tarefa específica, proibindo-lhe transgredir as fronteiras que separam uma disciplina da outra [...]. Compreende-se que Comte precisasse recorrer, para preservar essa garantia de segurança, à famosa ‘higiene cerebral’ [...], que lhe proíbe toda leitura nova após os trinta anos”. Ademais, como que para não deixar dúvida de seu conservadorismo, Comte “combate o sufrágio universal, a organização constitucional do Estado, a democracia parlamentar”. Já o problema social “não é solucionável por meio de uma reforma econômica, mas unicamente por uma reforma moral que mude os costumes e as crenças”. Daí, chega à proposta de uma nova religião, cujo clero haveria de ser escolhido “entre as populações do Ocidente, especialmente da França, em virtude de um banal etnocentrismo de Ocidental”.¹⁴

Rejeitando-se, por inconsistente, o positivismo, em cujo nome se postula a especialização do conhecimento, de tal modo que cada um permaneça nos limites de seu domínio, abstendo-se de “indébitas” usurpações, nada impede a construção de uma Ciência do Direito “analítica e crítica ao mesmo tempo”¹⁵, capaz de instrumentalizar a aplicação do Direito em busca da justiça social.

14 VERDENAL, René. A Filosofia Positiva de Augusto Comte. In: CHÂTELET, François (ed.). *História da Filosofia; Idéias, Doutrinas*. v.5.: “A Filosofia e a História” (“Histoire de la Philosophie – Idées, Doctrines”. “La Philosophie et L’histoire” (1780-1880). Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1974, passim, notadamente p. 214, 216-8 e 228.

15 LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: Fabris, 1980, p. 42.

Ademais, supondo a aplicação do Direito sua prévia interpretação, resulta esta singularmente empobrecida, na ótica positivista, segundo a qual se deveria resumir aquela à determinação da “mítica” intenção do legislador, o que excluiria qualquer margem de poder criativo ao juiz. Contudo, a superação da ideologia positivista não pode conduzir à negação do ordenamento jurídico mediante a tácita admissão de decidir o juiz as questões a seu alvedrio. Dois extremos não de ser evitados na aplicação judicial do Direito: 1) a sua automatização, mediante a realização do denominado silogismo judiciário; 2) a liberação do juiz do princípio da legalidade da atividade jurisdicional.

Tendo-se em vista essa dupla advertência, pode-se, desde logo, afirmar que o poder criativo do juiz é inafastável do exercício da jurisdição. Sua extensão é que é variável segundo o momento histórico. Por isso, afirma Engisch, “será sempre questão duma maior ou menor vinculação à lei”.¹⁶

Excluídas as normas configuradoras da patologia jurídica, nas quais a medula da Justiça – o trato igual de situações iguais – é conscientemente agredida, do que resultam normas configuradoras da “arbitrariedade legal”¹⁷, mostra a experiência histórica que a segurança jurídica constitui valor relevante à condição que na ordem jurídica se possa perceber a aspiração à justiça, devendo o Estado de Direito satisfazer essas duas ideias.¹⁸ A segurança, imantada pela justiça, a todos interessa, nada acrescentando sua desvalorização à situação dos desvalidos.

16 ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968, p. 172.

17 RADBRUCH, Gustav. *Leyes que no son Derecho y Derecho por Encima de las Leyes*. In: Rodrigues Paniáguas, José Maria [ed.]. *Derecho Injusto y Derecho Nulo*. Madrid: Aguilar, 1971, p. 13-6.

18 *Ibid.*, p. 21.

Há que se ter em vista que a ordem jurídica sem lacunas ou antinomias é invenção doutrinária. A elaboração das normas jurídicas faz-se com luta de interesses, oposição de concepções de vida, contraposição de classes, grupos, maiorias e minorias. A ordem jurídica, por traduzir contradições da sociedade que tutela, também é contraditória e relativamente assistemática, embora busque a máxima sistematização. Cabe ao juiz, dentro do esquema legal, confrontando-o com as necessidades sociais e vendo-o como um “sistema aberto”, retirar dele, mediante a argumentação, que é precisamente o modo de raciocínio do jurista¹⁹, tudo o que lhe puder fornecer em termos de favorecimento do exercício dos direitos humanos, da humana dignidade e da justiça social. A formação jurídica, também aberta, permitirá ao juiz fazer uso, quando possível e necessário, da equidade, conforme a sua matriz aristotélica, entendida como “um corretivo da lei onde esta deixou de estatuir em virtude de sua generalidade”²⁰, ao que Recasens Siches haveria de emprestar significativa elaboração, em conformidade com a natureza da função judicial.²¹

Vêm, a propósito, as considerações de Clèmerson Clève relativas às possibilidades hermenêuticas advindas de uma Constituição democrática:

Num Estado Democrático de Direito, alicerçado numa Constituição comprometida com a dignidade do homem, o ofício do jurista eticamente ligado com a *práxis* libertária assumirá vastas proporções, em face das inúmeras possibilidades argumentativas que poderão ser descobertas. Uma Constituição

19 PERELMAN, Chaim. *Logique Juridique; Nouvelle Rhétorique*. Paris: Dalloz, 1976.

20 ARISTOTE. *Ethique à Nicomaque*. 2. ed. Trad. J. Tricot. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1967. V, 14-5, 1.137-a-b, p. 265-8.

21 RECASENS SICHES, Luís. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973, p. 260-276; *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 3. ed. México: Porrúa, 1965, notadamente p. 654-60.

democrática é uma fonte inesgotável de argumentos que podem ser utilizados com o sentido de democratizar o Direito, inclusive, se for o caso, para o fim de negar aplicação à lei que viole valor protegido pela Lei Fundamental.

Assim, deve-se fazer prevalecer a Constituição no que tange aos princípios e objetivos fundamentais nela estabelecidos (cidadania e dignidade da pessoa humana – art. 1º, II e III – e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária – art. 3º, I, sobre a lei ordinária, sempre que essa contrarie ou se mostre impeditiva da eficácia daquela.²² Nessas condições, bem se percebe que a neutralidade ou indiferença aos valores não se compadece com a busca do aperfeiçoamento da ordem jurídica em direção à justiça social. Ao contrário, impõe-se o compromisso com sua realização ao jurista de modo geral, visto não agir o juiz de *motu proprio*. Por outra parte, “o juiz procura interpretar a consciência social e dar eficácia à lei, mas, assim procedendo, às vezes, ele amolda e modifica a mesma consciência que é chamado a interpretar”.²³ Seu poder criativo é inegável e mesmo inseparável do moderno modo de elaboração legal, pleno de “cláusulas gerais”, a reclamar seu preenchimento valorativo por parte do juiz, como salienta Maximiliano.²⁴

Efetivamente, se deve o juiz obediência à regra jurídica, não é menos verdade que esta contém aquilo que a interpretação nela põe.²⁵ Vêm, a propósito, as considerações tecidas por Nelson Saldanha, a quem se devem, no Brasil, as mais fundas pesquisas sobre o componente hermenêutico do Direito:

22 CLÈVE, Clèmerson Merlin. Sobre o Uso Alternativo do Direito. In: ___ *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993, p. 229-30. Grifo nosso.

23 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Revista AJURIS*. Porto Alegre, v. 16, n. 45, 17 mar. 1989.

24 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 57-62.

25 RIGAUX, François. *La Nature du Contrôle de la Cour de Cassation*. Bruxelles: Bruylant, 1966, n. 71, 73.

Não cabe falar do Direito como algo completo, como um objeto inteiro, a qual se vem agregar a interpretação [...]. O jurista, ao qual cabe a visão específica do Direito, depende do Direito Positivo como referente objetivo, mas a positividade da ordem jurídica não seria inteligível sem as significações que cabem ao jurista ao mesmo tempo *manter e questionar*.²⁶

Deve, pois, o jurista manter a ordem jurídica, atento ao valor da segurança jurídica, sem, no entanto, confundi-la com a manutenção cega e indiscriminada do *statu quo*. Não há que confundir o valor da segurança jurídica com a ideologia da segurança, que tem por objetivo o imobilismo social. A identificação do Estado com a ordem e da lei com a justiça, subprodutos do positivismo, impedem o acolhimento de qualquer direito que não seja o estatal, bem como a absorção, pelo jurista, dos reclamos de justiça do povo, a menos que tenham o expresse beneplácito do legislador. “Esta é uma percepção míope da realidade social [...]. Faz *tabula rasa* da tensão entre a ordem estabelecida e a ordem desejada.”²⁷ Mas, se cabe ao jurista manter a ordem jurídica, também lhe incumbe “questioná-la”, aperfeiçoá-la, pondo-a em consonância com uma racionalidade que passa pelo Estado, mas que vai além dele, atenta aos direitos construídos pelo processo histórico e “às práticas pluralistas alternativas” que as exprimem.

Diante da insuficiência das fontes formais clássicas do modelo jurídico estatal, os novos movimentos sociais tornam-se portadores privilegiados de um novo pluralismo político e jurídico que nasce das lutas e reivindicações em torno de carências, aspirações desejadas e necessidades humanas fundamentais.

26 SALDANHA, Nelson. *Estudos de Teoria do Direito*. Belo Horizonte: Livraria del Rey, 1994, p. 85-7. Grifo nosso.

27 HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 158-9.

É necessário, em suma, “ter olhos para enxergar o ‘novo’”, que já está acontecendo, apesar de os modelos teóricos atuais não conseguirem apreendê-lo. Mas, se este “novo” já pode ser captado porque existe subjacentemente na realidade, constitui “vício errôneo da modernidade concluir que [sua] criação implica destruição e ruptura total com o presente [...]”. Trata-se de preservar as conquistas políticas e jurídicas essenciais da civilização, “possibilitando, concomitantemente, a construção e o avanço ininterrupto de melhores condições de vida humana”.²⁸

Para alinhar-se neste trabalho, o Poder Judiciário deve superar o modelo restritivo de conhecimento jurídico imperante no ensino jurídico brasileiro, buscando olhar a realidade em torno e cotejá-la com o ordenamento jurídico, antevendo as consequências de sua ação com o intuito de afirmar-se como “poder”, na certeza de que de sua atuação depende o equilíbrio do Estado e a eficácia dos direitos, notadamente dos direitos humanos e sociais. Presentemente, os juízes enfrentam a dramática alternativa de definir o sentido e o conteúdo das normas constitucionais que os expressam ou de “considerar como não vinculante um dos núcleos centrais do texto constitucional”.²⁹ É verdade que o Judiciário não é em nada auxiliado pelo Código de Processo Civil ou pelo Código de Processo Penal, que estão a carecer de reformas mais atentas às realidades nacionais e à presteza da prestação jurisdicional do que aos modelos estrangeiros cultivados pela doutrina tantas vezes alienada dos efeitos reais produzidos por estes diplomas legais. Aparentemente, tem-se esquecido – e para isto

28 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

29 FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: Notas para uma Avaliação da Justiça Brasileira. In: *Seminário Nacional sobre o Uso Alternativo do Direito*. Rio de Janeiro: IAB, 1993. p. 6.

têm contribuído muitos “procedimentalistas”, que se julgam equivocadamente processualistas – que o processo é meio de realização do Direito Material, e não fim em si mesmo. É grande a responsabilidade do Judiciário no desafio de

fazer respeitar os direitos civis e políticos assegurados formalmente pela Constituição e propiciar a superação do desafio da criação das condições necessárias para que os 40% dos brasileiros situados abaixo da linha de pobreza possam adquirir a plenitude de sua cidadania – o que exige do Judiciário maior capacidade afirmativa perante o Executivo, a fim de que atue com maior eficiência e determinação em área de seguridade social, higiene, saúde, saneamento, habitação e educação básica.³⁰

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Revista AJURIS*. Porto Alegre, v. 16, n. 45, 17 mar. 1989.
- ARISTOTE. *Ethique à Nicomaque*. 2. ed. Trad. J. Tricot. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1967.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Sobre o Uso Alternativo do Direito. In: __ *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993, p. 229-30.
- COLLINGWOOD, R. G. *The Idea of History*. Oxford: Oxford University Press, 1946.
- DÍAZ, Elías. Ideologia y Derecho; para Una Crítica de la Cultura Jurídica de la Sociedad Burguesa. In: *Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático*. Madrid: Civitas, 1978.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico* (Einführung in das Juristische Denken). Trad. J. Baptista Machado. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.
- FAORO, Raymundo. *A Injustiça nos Tribunais*. Aula inaugural na Faculdade de Direito da UFRGS a 20 de março de 1986. Porto Alegre: UFRGS, 1986.

³⁰ Ibid., p. 8.

- FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: Notas para uma Avaliação da Justiça Brasileira. In: *SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE O USO ALTERNATIVO DO DIREITO*. Rio de Janeiro: IAB, 1993.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- LALANDE, André. *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*. 10. ed. Paris: Presses universitaires de France, 1968.
- LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: Fabris, 1980.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- MORIN, Edgar. *Para sair do Século XX* (Pour Sortir du XXe. Siècle). Trad. Vera Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- PLATON. La République. In: __: *Oeuvres Complètes*. [s. l.]: Gallimard, 1950.
- PERELMAN, Chaim. *Logique Juridique; Nouvelle Rhétorique*. Paris: Dalloz, 1976.
- RADBRUCH, Gustav. Leyes que no son Derecho y Derecho por Encima de las Leyes. In: Rodrigues Paniáguas, José Maria [ed.]. *Derecho Injusto y Derecho Nulo*. Madrid: Aguilar, 1971.
- RECASENS SICHES, Luís. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973, p. 260-276; *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 3. ed. México: Porrúa, 1965.
- RIGAUX, François. *La Nature du Contrôle de la Cour de Cassation*. Bruxelles: Bruylant, 1966.
- SALDANHA, Nelson. *Estudos de Teoria do Direito*. Belo Horizonte: Livraria del Rey, 1994.
- VERDENAL, René. A Filosofia Positiva de Augusto Comte. In: CHÂTELET, François (ed.). *História da Filosofia; Idéias, Doutrinas*. v.5.: "A Filosofia e a História" ("Histoire de la Philosophie – Idées, Doctrines". "La Philosophie et L'histoire" (1780-1880). Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.
- VILLEY, Michel. *Leçons D'Histoire de la Philosophie du Droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

A TEORIA DO DISCURSO E O DISCURSO JURÍDICO JUDICIAL¹

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO

1 Introdução

A teoria do discurso formulada por Habermas sustenta que os juízos de valor e de dever e, assim, as proposições normativas, podem ser justificadas racionalmente do mesmo modo que as proposições empíricas descritivas do estado das coisas. As proposições normativas, tanto quanto as proposições descritivas, são passíveis de verdade. Apenas a verdade das proposições descritivas corresponde à correção das proposições normativas.² O ponto central da teoria do discurso é que as questões práticas podem ser decididas de modo racional no âmbito de uma argumentação prática, desenvolvida a partir de uma ação comunicativa dirigida ao acordo ou ao entendimento

1 Este foi originalmente desenvolvido em: GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

2 Cf. HABERMAS, Jürgen. Wahrheit und Rechtfertigung. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 285-286.

mútuo.³ Cuida-se de uma racionalidade comunicativa, construída com base nas ações, atos de fala, interações mediadas pela linguagem e mundo da vida.⁴

As questões práticas, assim como as questões teóricas, podem ser decididas por meio da razão alcançada a partir da força do melhor argumento escrutinado em uma situação ideal de fala que pressupõe determinadas condições, conhecidas como pretensões de validade e que devem ser observadas por todo aquele falante que pretende estabelecer um entendimento com um ou com outros falantes. O resultado de uma argumentação prática em que são cumpridas as pretensões de validade é a obtenção de consenso racionalmente motivado ou intersubjetivamente controlável. Essas formulações encontram fundamentação na teoria da ação comunicativa e na teoria do discurso de Habermas, desenvolvidas a partir da chamada virada linguística e inseridas no âmbito da pragmática universal.⁵ O caminho a ser percorrido, então, requer algum detalhamento dos elementos centrais da ação comunicativa no sentido da pragmática universal, das pretensões de validade, da racionalidade comunicativa e da justificação das proposições normativas. A partir disso, pode ser formulada a questão que pergunta se as exigências da teoria do discurso podem ser aplicadas ao discurso jurídico judicial desenvolvido no âmbito da prática jurídica dos participantes do contencioso judicial e dos próprios juízes.

3 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, p. 39.

4 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenwelte*. In: HABERMAS, Jürgen. *Nachmetaphysisches Denken*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p. 63.

5 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Was heißt Universalpragmatik?* In: HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. 3. Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, p. 353-441.

2 Os pressupostos da pragmática universal

A função central da pragmática universal, como uma teoria da competência comunicativa, é construir as condições universais de entendimento possível entre pessoas. O objetivo da pragmática universal é apresentar os pressupostos gerais de comunicação ou de uma ação comunicativa, alcançando as bases para a validade universal do discurso.⁶

O campo da pragmática universal não é analisar a língua enquanto estrutura, mas submeter o processo da comunicação a uma análise formal. A análise lógica da língua enquanto estrutura remete para o exame das regras que devem ser observadas para a produção de palavras e formulação correta de frases. Isso diz respeito às propriedades sintáticas e semânticas das formações linguísticas. A pragmática propõe uma análise formal da estrutura geral da fala como processo de comunicação.⁷ A base da pragmática universal está na teoria dos atos de fala, que propõe um conjunto de regras universais de competência comunicativa. Se a análise reconstrutiva da linguagem se ocupa das regras que um falante deve dominar para formar expressões e construir proposições corretas, a teoria dos atos de fala se ocupa do processo de comunicação e propõe um conjunto de exigências e regras que devem ser observadas para que os falantes possam usar a linguagem de modo satisfatório.⁸ Não por outra razão, aliás, deve-se distinguir entre frases e expressões no sentido de que uma frase corretamente formulada satisfaz a exigência de compreensibilidade, e um ato de fala satisfatório do ponto de vista comunicativo requer, além da compreensibilidade linguística, que os

6 Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., p. 353.

7 Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., p. 359.

8 Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., p. 387.

participantes do discurso satisfaçam as outras pretensões de validade – verdade, sinceridade e correção. Assim, a formulação de frases corretas é uma questão exclusivamente linguística, e a dos atos de fala é uma questão pragmática.⁹

Qualquer pessoa que atue comunicativamente no sentido de se entender com outra pessoa e com ela chegar a um acordo, ao realizar um ato de fala, deve colocar quatro pretensões de validade, ainda que implicitamente. Um jogo de linguagem entre falantes e ouvintes somente é possível se houver o reconhecimento recíproco destas quatro pretensões de validade: a) inteligibilidade; b) verdade proposicional; c) veracidade; d) correção normativa.

Todo e qualquer falante deve colocar a pretensão de se expressar de forma inteligível, construindo a expressão linguística ou a proposição conforme as regras gramaticais da linguagem, estando assim satisfeita a pretensão de inteligibilidade. Isso significa que o falante deve escolher uma forma inteligível de expressão a fim de que ele possa se entender mutuamente com o ouvinte. Todo e qualquer falante deve ter a pretensão de comunicar uma proposição verdadeira, ou seja, apresentar ao ouvinte um conteúdo proposicional de algo existente de tal modo que o ouvinte possa compartilhar esse conhecimento do falante. Todo e qualquer falante deve expressar suas intenções de uma forma verdadeira de tal modo que o ouvinte possa confiar no discurso. Todo e qualquer falante deve colocar um discurso correto no que diz com as normas e valores existentes de tal forma que o ouvinte possa aceitá-lo e, assim, possam entrar em um acordo mútuo a partir de uma base normativa comum.¹⁰ Segundo Habermas, o objetivo do entendimento é chegar a um acordo que encontra justificativa na compreen-

9 Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., p. 393.

10 Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., p. 354-355.

são intersubjetiva, no conhecimento partilhado, na confiança mútua e no acordo entre os ouvintes. Esse acordo, portanto, está fundado na compreensibilidade, verdade, sinceridade e correção.¹¹

Uma ação comunicativa somente pode ser reconhecida se essas quatro pretensões de validade forem reciprocamente realizadas pelos falantes, ou seja, elas devem ser mutuamente reconhecidas pelos participantes do discurso. Isso significa que o falante e o ouvinte devem presumir essas pretensões de validade da ação comunicativa.

Assim, podem ser colocados três aspectos: a) se o objetivo é realizar uma ação comunicativa destinada ao entendimento, o falante e o ouvinte devem pressupor as pretensões de validade; b) o falante e o ouvinte devem pressupor que ambos satisfazem as pretensões de validade; c) o falante e o ouvinte devem pressupor que as pretensões de validade já se encontram satisfeitas, no caso da compreensibilidade das expressões, ou possam ser satisfeitas, no caso de que as frases, as propostas, as intenções, as expressões e as palavras proferidas satisfaçam as condições de adequação correspondentes.¹²

Aqueles que podem intervir na práxis argumentativa são capazes de dar e receber razões e, na medida em que são as razões que contam, coloca-se a importância do melhor argumento. Ser racional é estar no espaço do dar e receber razões, e ser um agente racional é estar no espaço do dar e receber razões pelas quais alguém faz alguma coisa. O que é uma boa razão depende de regras lógicas e conceitual-semânticas intersubjetivamente compartilhadas, deduzíveis da práxis argumentativa de uma comunidade linguística.¹³

11 Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., p. 355.

12 Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., p. 356.

13 Cf. BRANDON, Robert. *Making it Explicit*. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 252-253.

3 Ação comunicativa e ação estratégica

Um dos passos centrais para a compreensão da ação comunicativa é a distinção entre duas formas de comunicação: ação (agir) e discurso (falar). Por um lado, as ações podem ser descritas como atividades propositivas por meio das quais o agente intervém no mundo com o objetivo de realizar seus objetivos, valendo-se dos meios apropriados. Por outro lado, as ações podem ser entendidas como expressões linguísticas pelas quais o falante pretende se entender com outra pessoa a respeito de algo no mundo. Essas descrições linguísticas podem ser formuladas na primeira pessoa, bem como ser confrontadas com as descrições que são feitas na perspectiva de uma terceira pessoa, que observa a forma como um agente, por meio de uma atividade proposital, alcança um objetivo, ou como, por meio de um ato de fala, entende-se com outra pessoa sobre alguma coisa.¹⁴

As ações são atos de fala no quais as pretensões de validade colocadas são reconhecidas tacitamente, não havendo dúvida quanto à verdade de uma proposição afirmada ou quanto ao estado de coisas expressado pelo falante. Diferentemente, os discursos colocam pretensões de validade problematizadas que exigem justificação. Quando se coloca uma dúvida sobre a verdade de uma proposição afirmada pelo falante, passa-se da ação para o discurso. Os discursos, portanto, são atos linguísticos que se desenvolvem com a intervenção de vários participantes portando opiniões contrapostas umas às outras, que atuam cooperativamente no sentido de eliminar as dúvidas apresentadas por intermédio da apresentação de razões e

14 Cf. HABERMAS, Jürgen. Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenwelte. In: HABERMAS, Jürgen. *Nahcmetaphysisches Denken*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p. 63-64.

dos melhores argumentos, seguindo determinadas regras. Assim, os discursos servem para solucionar os casos de pretensões de validade problematizadas de normas e de opiniões. Consideradas as pretensões de validade, somente a pretensão de verdade proposicional e a pretensão de correção é que podem ser sustentadas discursivamente. Por outro lado, a pretensão de veracidade problematizada somente pode ser sustentada pelo comportamento posterior do falante. Daí, então, que a veracidade das expressões linguísticas não pode ser fundamentada, mas tão somente demonstrada. A falta de veracidade pode ser rastreada na falta de consistência entre a manifestação e as ações vinculadas internamente a elas.¹⁵

A compreensão de ação e de discurso é importante para a análise das interações sociais mediadas pela linguagem. Esses dois tipos de ações estão entrelaçados na linguagem, mas ocorrem em âmbitos diferentes conforme as forças ilocucionárias dos atos de fala, que podem ter uma função coordenadora da ação ou estarem de tal forma subordinados à dinâmica não linguística de exercício de influência mútua com uma determinada finalidade.¹⁶ Esses dois tipos de interação são diferentes um do outro se considerados os respectivos mecanismos de coordenação da ação, pois a linguagem pode ser usada como meio de transmissão de informação ou como fonte para interação social. Na ação estratégica, o efeito de coordenação da ação depende da influência exercida pelo falante sobre a situação da ação e também sobre o ouvinte. Na ação comunicativa, a força consensual dos atos de fala para a obtenção do entendimento é eficaz para a coordenação de ações. O falante não pode realizar atos de fala com a intenção de entrar em entendimento com o ouvinte e, ao mesmo

15 Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, p. 69.

16 Cf. HABERMAS, *Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenswelte...*, p. 68.

tempo, realizar atos de fala com o objetivo produzir uma influência causal sobre aquele. O entendimento não pode ser forçado por um lado em relação ao outro, quer pela intervenção direta na situação da ação, quer pelo exercício indireto de influência.¹⁷

O que resulta manifestamente de ameaça ou de logro não pode ser considerado um acordo intersubjetivamente controlável, pois tal intervenção viola as condições sob as quais a força ilocucionária dos atos de fala pode produzir consensos. A ação comunicativa depende da utilização da linguagem sob a satisfação de certas condições mais rigorosas. Os participantes da ação comunicativa devem adequar seus planos cooperativamente dentro de um mundo da vida compartilhado e com base em interpretações comuns da situação da vida. O fim dos falantes e dos ouvintes deve ser o integral cumprimento dos objetivos ilocucionários.¹⁸ Com isso, os atos de fala adquirem uma força vinculativa na medida em que o falante, ao apresentar uma pretensão de validade, assume uma garantia confiável de justificar a pretensão com razões, caso necessário. Nisso, então, distingue-se a ação comunicativa da ação estratégica. O sucesso de uma ação não se funda na racionalidade destinada a um fim estabelecido pelos planos de ações específicas em favor dos respectivos participantes, mas, sim, no poder racionalmente motivante do cumprimento dos feitos de se obter entendimento.¹⁹

Duas situações podem clarear a distinção entre ação comunicativa e ação estratégica. Quando o falante *A* diz ao ouvinte *B*

17 Cf. HABERMAS, *Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenswelte...*, p. 69.

18 Cf. HABERMAS, *Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenswelte...*, p. 70.

19 Cf. HABERMAS, *Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenswelte...*, p. 70.

“entregue R\$ 100,00 para C”, conforme as exigências de uma ação comunicativa, B deve reconhecer o contexto normativo que confere a A o poder para colocar essa determinação, justificando-se assim a expectativa do interlocutor de que tem razões para agir conforme o que lhe foi estabelecido. Isso, contudo, não é suficiente. Segundo Habermas, o conhecimento das condições para o sucesso, ou seja, para B entregar o dinheiro a C, não é suficiente para se entender o significado do ato ilocucionário do ato de fala enquanto ato imperativo. Esse conhecimento deve ser complementado pelo conhecimento da existência de condições sob as quais o falante pode ter razões para justificar normativamente o que ele diz. Essas condições são satisfeitas se o falante está se dirigindo a um amigo generoso, a um credor ou a um comparsa de crime. Evidentemente, o ouvinte pode rejeitar a pretensão de validade colocando que o falante não tem razão para determinar que entregue dinheiro a outrem. Diferentemente, no contexto de uma ação estratégica, as pretensões de validade da verdade proposicional, da correção normativa e da sinceridade subjetiva não estão colocadas plenamente. Quando um assaltante, usando uma arma, exige que se lhe entregue dinheiro, as condições de validade normativa são substituídas pela ameaça. Nesse caso, o lugar do substrato normativo é ocupado pela estrutura “se..., então” da ameaça, substituindo-se as pretensões de validade normativa na ação comunicativa pela pretensão de poder. Na ação estratégica, os atos de fala não exercem as funções coordenadoras de ações, pois estas são desempenhadas por formas exteriores à linguagem.²⁰

Considerado o ponto de vista dos participantes, um acordo não pode ser imposto de fora de um participante em relação ao ou-

20 Cf. HABERMAS, *Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenswelte...*, p. 73-74.

tro, seja pela via instrumental, recorrendo-se a uma intervenção direta na situação da ação, seja pela via estratégica, por meio de uma intervenção indireta sobre atitudes proposicionais do outro participante. Qualquer coisa que seja resultado manifesto de influência externa não pode ser considerada como um acordo intersubjetivamente alcançado.²¹

Uma ação comunicativa como tal exige a satisfação de exigências cooperativas e comunicativas. Os participantes devem atuar em cooperação e harmonização quanto a seus planos de ação no contexto de um mundo compartilhado a partir de bases de interpretações comuns das situações da vida. Além disso, os participantes devem estar empenhados em processos de entendimento sinceros quanto ao cumprimento de seus objetivos ilocucionários. Isso significa, especificamente, que os participantes devem cumprir seus objetivos ilocucionários numa atitude performativa, o que exige pretensões de validade reciprocamente colocadas entre os participantes. Assim, eles utilizam efeitos vinculativos dos atos de fala na medida em que o falante, com sua pretensão de validade, assume uma garantia confiável daquilo que diz que é válido.²²

Na ação comunicativa, a origem da coordenação da ação está na força racionalmente motivadora de se obter entendimento. Os processos linguísticos funcionam com mecanismos de coordenação de ações pelo fato de os participantes da interação acordarem quanto à validade reclamada pelos seus atos de fala. Também na ação comunicativa se encontra um *telos*, mas é uma finalidade de se alcançar o entendimento próprio às estruturas da linguagem. Nesse proces-

21 Cf. HABERMAS, Jürgen. Zur Kritik der Bedeutungstheorie. In: HABERMAS, Jürgen. *Nahcmetaphysisches Denken*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992., p. 129.

22 Cf. HABERMAS, Zur Kritik der Bedeutungstheorie..., p. 130.

so, passa-se de uma atitude objetivante do agente, orientada para o sucesso, que busca alcançar algo no mundo e, assim, orientada às conseqüências – ação estratégica – para uma atitude performativa do falante de se entender com outra pessoa sobre algo no mundo – ação comunicativa.²³

Portanto, conclusivamente, pode-se formular que todo o uso da linguagem é comunicativo e nem toda a comunicação se destina ao entendimento com base nas pretensões de validade intersubjetivamente compartilhadas. As frases proposicionais e intencionais utilizadas mentalmente não configuram um modo comunicativo. No âmbito das interações sociais, as ações comunicativas fracas são orientadas para o entendimento enquanto as ações comunicativas fortes – lugar dos atos de fala completamente ilocucionários (expressivos, constata-tivos e normativos) – são orientadas para o acordo. Por seu lado, no âmbito das ações estratégicas, as perlocuções são orientadas para as conseqüências ou entendimento mútuo indireto.²⁴

4 A racionalidade comunicativa

Com essas formulações estão assentadas as bases para a racionalidade comunicativa, que completa o espaço do racional juntamente com a racionalidade epistêmica e a racionalidade teleológica. Segundo Habermas, o que é racional se refere a crenças, ações e expressões linguísticas, pois, na estrutura proposicional do conhecimento, na estrutura teleológica da ação e na estrutura comunicativa do discurso estão as distintas raízes da racionalidade. Ainda que elas não tenham raízes comuns, a racionalidade comunicativa tem um

23 Cf. HABERMAS, Zur Kritik der Bedeutungstheorie..., p. 130-131.

24 Cf. HABERMAS, Rationalität der Verständigung..., p. 129-130.

papel integrativo no sentido de promover uma junção das raízes proposicional, teleológica e comunicativa.²⁵

Uma condição para a racionalidade é a capacidade de imputabilidade. A racionalidade de qualquer pessoa depende de sua capacidade de se expressar racionalmente e, além disso, de sua capacidade de justificar suas expressões em uma perspectiva reflexiva. Uma pessoa somente pode se expressar racionalmente se, performativamente, pode colocar as pretensões de validade. Dizer que uma pessoa se comporta racionalmente e é racional pressupõe sua capacidade para se orientar conforme as pretensões de validade. A imputabilidade, portanto, pressupõe uma autorrelação refletida por parte da pessoa sobre o que diz, acredita e faz.²⁶

O conhecimento é intrinsecamente linguístico em razão de sua estrutura proposicional, pois o conhecimento proposicional depende da utilização de frases proposicionais. Os fatos somente podem ser conhecidos se, ao mesmo tempo, as razões pelas quais os juízos correspondentes são verdadeiros podem ser acessadas. Por isso, então, “saber o que” e “saber por que” exige, sempre, justificações. É inerente ao saber pressupor que tudo aquilo que se sabe deve ser justificado. Por isso mesmo, quem assume um saber deve estar disposto a apresentar uma justificação discursiva das pretensões de verdade correspondentes.²⁷ A racionalidade está vinculada a isso, e aquele que apresenta uma crença deve estar pronto para dar razões aceitáveis no contexto da justificação. Uma crença é racional se verdadeira a partir das razões dadas no contexto de uma justificação aceita racionalmente. Isso, contudo, não implica verdade, mas aceitabilidade

25 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Rationalität der Verständigung*. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 104.

26 Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 105.

27 Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 107.

justificada em um determinado contexto.²⁸ Assim, então, deve ser compreendida a racionalidade epistemológica.

A racionalidade teleológica de uma ação está diretamente vinculada ao fato de o agente ter obtido ou não o resultado desejado no mundo com base nos meios livremente escolhidos e realizados. Uma ação pode ser compreendida como a concretização de uma intenção de uma pessoa que escolhe e decide livremente. Assim, um agente bem-sucedido age racionalmente quando sabe os motivos de seu sucesso e se esse conhecimento é capaz de motivá-lo de tal forma a executar a ação por razões que, ao mesmo tempo, possam explicar seu possível sucesso.²⁹ Se *A*, que está em Veneza, pretende chegar a Roma o mais rápido possível, é racional a ação de preferir um avião a um carro como meio de transporte. Portanto, para a racionalidade da ação, é essencial que o agente a sustente em um plano que implica a verdade de *p*, ou seja, no sentido de poder alcançar o fim desejado conforme as circunstâncias dadas. Uma ação teleológica somente pode ser racional se o agente cumpre as condições que são necessárias para a satisfação de seu desejo de intervir no mundo.³⁰ A racionalidade da escolha exige um cálculo do sucesso da ação, o que, em determinadas situações, depende de estruturas centrais do conhecimento e do discurso. A definição do curso de ação racional, em alguns casos, estará na dependência da obtenção de informações confiáveis a respeito do estado das coisas do mundo objetivo ou sobre o comportamento e intenções das outras pessoas – aí, então, a interação entre os diversos tipos de raízes de racionalidade.

28 Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 108.

29 Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 109.

30 Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, p. 29.

A racionalidade comunicativa é a racionalidade da utilização comunicativa das expressões linguísticas caracterizada pelo discurso orientado para o entendimento, no qual está assegurado aos participantes da situação de fala um só mundo de vida intersubjetivamente compartilhado³¹, de tal modo que todos podem se referir a um só mundo objetivo.³² Com a utilização das expressões linguísticas, o falante pode expressar suas intenções, representar o estado de coisas do mundo objetivo e, ainda, estabelecer relações interpessoais com uma segunda pessoa, disso resultando as três situações nas quais alguém pode se entender com outrem a respeito de algo no mundo.³³ Coloca-se, assim, que o que o falante pretende dizer com o uso de determinada expressão linguística está vinculado tanto ao que é literalmente dito com a expressão mesma como também com a ação que ela representa no mundo objetivo e, ainda, como ela deve ser compreendida enquanto tal por uma segunda pessoa. Desse modo, tem-se uma relação entre o significado da expressão linguística e aquilo que se pretende dizer, o que é dito e a forma como a expressão é utilizada no ato de fala. O objetivo ilocucionário do falante, portanto, coloca a pretensão de que o ato de fala seja compreendido e aceito pelo ouvinte.³⁴

A racionalidade da utilização da linguagem orientada para o entendimento requer, então, que os atos de fala do falante sejam compreendidos e aceitos pelo ouvinte, daí resultando o sucesso ilocucionário. Em qualquer caso, o falante deve estar disposto a assumir uma garantia confiável no sentido de justificar discursivamente as pretensões de validade colocadas. Novamente, então, coloca-se a vinculação

31 Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, p. 28.

32 Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 110.

33 Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, p. 29.

34 Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 111.

entre a racionalidade de um ato de fala e a sua justificação. Segundo Habermas, é somente nas argumentações que as pretensões de validade implicitamente levantadas por atos de fala podem ser tematizadas enquanto tais e testadas por intermédio de razões.³⁵ O que faz com que o dito pelo ato de fala seja aceito pelo ouvinte são razões que podem ser apresentadas, no contexto determinado, para a validade do que é dito. Por isso, então, a racionalidade comunicativa reside nessa ligação interna entre as condições que tornam o ato de fala válido, a pretensão apresentada pelo falante de que estas condições estão satisfeitas e a credibilidade da garantia emitida pelo falante para poder, caso necessário, justificar discursivamente a pretensão de validade. Isso corresponde aos três tipos de pretensões de validade: as pretensões de verdade no que diz aos fatos declarados relativamente aos objetos do mundo objetivo; as pretensões de sinceridade de expressões que tornam manifestas as experiências subjetivas a que o falante tem acesso privilegiado; e as pretensões de correção em relação às normas reconhecidas no mundo social intersubjetivamente compartilhado.³⁶

Por isso, então, são racionais não somente os atos de quem faz uma afirmação e é capaz de justificá-la, mas também os de quem segue uma norma vigente e é capaz de justificar sua ação frente a um crítico, interpretando uma situação dada a partir das expectativas legítimas de comportamento. Do mesmo modo, segundo Habermas, também é racional quem expressa um desejo ou um sentimento e, depois, é capaz de convencer a um ouvinte crítico mostrando as consequências práticas de sua vivência e se comportando de forma consistente com o que houvera manifestado.³⁷

35 Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 111.

36 Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 112.

37 Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, p. 35.

À compreensão da racionalidade comunicativa é importante observar que as utilizações epistemológicas e teleológicas da linguagem não dependem de uma relação interpessoal entre o falante e ouvinte. Nelas, os atos ilocucionários e as pretensões de validade ligadas a eles, que estão orientadas para o reconhecimento intersubjetivo, não desempenham qualquer papel. Para a representação do conhecimento ou para o cálculo dos efeitos da ação, como são as frases proposicionais e as frases intencionais, a expressão linguística pode ser utilizada monologicamente, pois os aspectos pragmáticos da utilização da linguagem não são relevantes. Por isso, então, elas podem ser examinadas exclusivamente pelos instrumentos da semântica formal. A compreensão de uma frase proposicional epistemologicamente utilizada depende apenas do conhecimento das condições de verdade, ou seja, do conhecimento da situação na qual é verdadeira. Na medida em que uma frase proposicional epistemologicamente utilizada se destina à apresentação de um estado de coisas do mundo objetivo, para a representação é suficiente que o falante dê a entender, a qualquer pessoa, que está a pensar p ou que considera p verdadeiro. Diferentemente, no caso de uma afirmação de um fato, o falante não pretende que o ouvinte apenas tome conhecimento do que ele considera verdadeiro, mas, também, pretende atingir o efeito ilocucionário de que o ouvinte reconheça p como verdadeiro.³⁸ É exatamente o mesmo que acontece com as frases intencionais, pois se compreendem as frases intencionais que estruturam atividades propositadas quando são conhecidas as condições de sucesso, ou seja, as circunstâncias nas quais elas são consideradas verdadeiras.

38 Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 114.

A racionalidade comunicativa somente faz sentido em um processo de entendimento em que são colocadas pretensões de validade sempre que o falante e o ouvinte, em uma atitude performativa dirigida a segundas pessoas, empenham-se em se entender a respeito de algo no mundo. A diferença desta utilização comunicativa da linguagem em relação à utilização não comunicativa que se dá nas frases proposicionais e nas frases intencionais – quando o agente nada anuncia em situação comunicativa – está no acréscimo de uma pretensão de validade com a qual o falante confronta o ouvinte. O significado de ato ilocucionário é o de que o ouvinte não apenas tome conhecimento da crença ou intenção do falante, mas com ele passe a compartilhar o mesmo ponto de vista. Para que o objetivo ilocucionário seja alcançado, não basta que o ouvinte conheça as condições de verdade de p , pois o ouvinte deve tanto compreender o significado ilocucionário da declaração como aceitar as pretensões de validade correspondentes.³⁹

Deve-se reconhecer a diferença entre um acordo relativamente a um fato entre os participantes de uma situação de fala e o chegar ao entendimento por parte de ambos relativamente às intenções do falante. O acordo somente pode ser alcançado se os participantes aceitarem uma pretensão de validade pelas mesmas razões, enquanto o entendimento pode ser obtido quando um participante toma como boas as razões para as intenções do falante mesmo sem ter que fazê-las as suas próprias razões. Portanto, um reconhecimento intersubjetivo de todos os participantes do discurso somente pode ser obtido se todos estiverem convencidos sobre p pelas mesmas razões.⁴⁰

No caso de anúncios ou declarações de intenções, o ouvinte pode concordar reconhecendo que a ação pretendida é racional à luz

39 Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 116.

40 Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 116-117.

de suas preferências. Segundo Habermas, nesse tipo de compreensão mútua, a racionalidade teleológica assume uma função mediadora, de tal sorte que o ouvinte tem boas razões para levar a sério o que é anunciado, mesmo sem adotar como suas as razões do falante para a intenção declarada. Nos imperativos, contudo, a situação é diferente porque eles são intrinsecamente pragmáticos.⁴¹ O significado ilocucionário dos imperativos está exatamente no fato de o falante pretender motivar o ouvinte a realizar *p*. Contudo, a compreensão desse sentido ilocucionário exige que se conheça a razão pela qual o falante diz, sinceramente, aquilo que diz e a razão pela qual ele acredita que o ouvinte irá agir conforme *p*. Assim, um imperativo é racional somente quando o falante tiver boas razões para supor que o ouvinte tem motivos para não se opor a esse mesmo imperativo. Os anúncios e imperativos não têm como objetivo o acordo, mas, sim, um entendimento mútuo que tem por base pretensões de validade e, assim, pertencem ao âmbito da racionalidade comunicativa. O seu sucesso ilocucionário é medido em termos de pretensões de verdade e de sinceridade, mesmo que isso se verifique somente em relação ao falante. Por seu lado, o ouvinte parte do pressuposto de que o falante está sendo sincero naquilo que diz e o considera verdadeiro.⁴²

No caso de imperativos e declarações de intenções transformados em expressões de vontade normativamente autorizadas, como é o caso das promessas, ordens e declarações, as razões normativas determinam as decisões dos sujeitos que vinculam suas vontades e, assim, entram em acordo quanto a obrigações. Diferentemente das declarações “nuas” e dos imperativos “simples”, as razões normativas não estão relacionadas com o agente devido ao comportamento pro-

41 Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 118.

42 Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 119.

posicional-racional desta ou daquela pessoa, mas com as razões independentes do agente. Não são razões para a existência de um estado de coisas, mas para a satisfação de expectativas normativamente vinculadas. No caso dos atos de fala regulativos, como as promessas, ordens e declarações, existe uma pretensão de validade orientada para a justificação nos discursos práticos de tal modo que conhecer o significado ilocucionário requer conhecer o contexto normativo. Somente o conhecimento desse contexto normativo consegue dar as razões pelas quais alguém pode se sentir autorizado ou obrigado a desempenhar um determinado curso de ação ou agir conforme o imperativo. Se todos os participantes do discurso conhecem esse pano de fundo normativo, no contexto de um mundo de vida compartilhado, poderão, então, aceitar os atos de fala regulativos como válidos pelas mesmas razões.⁴³

Com isso, pode ser sustentado que a razão prática remete a um entrelaçamento, no âmbito das relações interpessoais, da racionalidade epistemológica e teleológica com a racionalidade comunicativa.⁴⁴

A racionalidade comunicativa é a racionalidade dos atos de fala vinculados às pretensões de validade colocadas na perspectiva da busca cooperativa do entendimento a respeito de algo no mundo. Cuida-se de um tipo de racionalidade que descansa em uma prática assentada em dar razões e apresentar os melhores argumentos em favor de um acordo racionalmente motivado e intersubjetivamente controlável. Um acordo alcançado comunicativamente se apoia em razões, e a racionalidade dos participantes do discurso se mede pela capacidade para apresentar as razões que suportam suas manifestações. Por isso, então, a racionalidade da prática argumentativa remete à prática da ar-

43 Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 120-121.

44 Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 121.

gumentação, que, então, permite o desenvolvimento de uma ação comunicativa quando o desacordo já não mais pode ser absorvido pelas práticas cotidianas da ação e tampouco pelo uso direto ou estratégico do poder. Assim, o conceito de racionalidade comunicativa se acha desenvolvido a partir de uma teoria da argumentação.⁴⁵

A argumentação é um tipo de fala na qual os participantes colocam em discussão as pretensões de validade sobre as quais há desacordo, tentando, por meio de argumentos, desenvolvê-las ou rejeitá-las. Na argumentação, sempre são apresentadas razões conectadas às pretensões de validade problematizadas, medindo-se sua força a partir de sua capacidade para convencer os participantes em um discurso, motivando-os a aceitar a pretensão de validade em litígio. Qualquer participante de uma argumentação demonstra sua racionalidade a partir de sua forma de atuação e reação às razões que são oferecidas em face da pretensão de validade tematizada.⁴⁶

No discurso prático, diz-se racional quem atua com lucidez em um conflito normativo, afastando-se das emoções, paixões ou interesses imediatos, e julga com imparcialidade as questões práticas a partir de um ponto de vista moral alcançado em um acordo intersubjetivamente controlado. O meio para se alcançar isso e, assim, examinar imparcialmente uma norma de ação é o discurso prático e a forma de argumentação em que se convertem problematizadas as pretensões de correção normativa.⁴⁷

Assim, a racionalidade pode ser entendida como a disposição dos sujeitos capazes de linguagem e de ação para alcançarem um acordo ou um entendimento mútuo sobre algo no mundo a partir de

45 Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, p. 37.

46 Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, p. 38.

47 Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, p. 39.

apresentação de razões em relação a pretensões de validade problematizadas.

5 Verdade e justificação

A pragmática universal que configura as bases dos atos de fala e da ação comunicativa autoriza formulação de um conceito procedimental da verdade. Esse conceito não epistêmico de verdade pressupõe uma concepção normativa do entendimento mútuo, pretensões de validade discursivamente justificáveis e uma visão de mundo fundada na pragmática formal, vinculando os atos de fala às condições de sua aceitabilidade racional.⁴⁸

A representação e a comunicação não estão em níveis tais que a primeira goza de primazia em relação à segunda. A passagem da filosofia da consciência à filosofia da linguagem e, assim, a consolidação da virada linguística deveriam, pelo menos, ter nivelado representação e comunicação, pois a linguagem serve tanto a uma como a outra, e os atos de fala servem para o estabelecimento de relações interpessoais de forma objetiva com o mundo. Na medida em que o entendimento mútuo é inerente à linguagem, representação, comunicação e ação devem ser colocadas no mesmo plano.⁴⁹ Há uma conexão entre comunicação bem-sucedida e representação. O objetivo perseguido pelo falante em uma ação comunicativa destinada ao entendimento é fazer com que o ouvinte tome conhecimento de seu próprio pensamento sobre algo no mundo e, além disso, com que o ouvinte compartilhe esse mesmo pensamento. Isso somente pode

48 Cf. HABERMAS, Jürgen. Realismus nach der sprachpragmatischen Wende. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 7.

49 Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., p. 9.

ser alcançado a partir do reconhecimento intersubjetivo da pretensão de verdade apresentada pelo falante, o que pressupõe a aceitabilidade de sua proposição pelo ouvinte. Daí, então, a necessidade de se verificar a presença das condições pelas quais a proposição afirmada pelo falante possa ser justificada racionalmente como verdadeira. Essas condições não são outra coisa que não as razões que podem ser oferecidas para sustentar a verdade da proposição do falante. A conclusão de Habermas é que, se a compreensão de uma proposição somente pode ser alcançada a partir das condições de seu emprego em manifestações racionalmente aceitáveis, então deve haver uma conexão interna entre a função representativa da linguagem e as condições de sucesso da comunicação.⁵⁰

A realidade com a qual são confrontadas as proposições não é uma realidade crua, mas uma realidade já impregnada pela linguagem. Mesmo as proposições mais elementares sobre o estado de coisas do mundo estão penetradas de modo indissolúvel pela linguagem, pois não há como isolar as limitações da realidade que tornam uma proposição verdadeira das regras semânticas que fixam essas condições de verdade. Somente se pode explicar o que é um fato com o auxílio da verdade de uma proposição sobre esse mesmo fato, e um fato somente pode ser explicado em termos do que é verdadeiro. Nada pode ser confrontado sem o auxílio da linguagem.⁵¹ Se certo é que nada pode ser justificado sem referência às proposições já aceitas e não se pode deixar a linguagem para encontrar outro teste que não a coerência, isso, contudo, por si só, não basta para garantir a verdade. O dilema que se coloca é que a verdade de uma proposição

50 Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., p. 11.

51 Cf. HABERMAS, Jürgen. Wahrheit und Rechtfertigung. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 246.

não pode ser garantida apenas por sua coerência com outras proposições já aceitas. Isso se deve à razão de que os processos de aprendizagem estão em permanente revisão, que, assim, modificam a partir de dentro os contextos que os tornam possíveis, e também ao fato de que esse contextualismo estrito – verdade a partir da coerência com as proposições já aceitas – não se concilia com o sentido universalista das pretensões de verdade que transcendem ao contexto.⁵²

Segundo Habermas, o predicado verdade, ainda que não exclusivamente, pertence ao jogo de linguagem da argumentação de tal modo que o seu significado pode ser definido segundo os critérios de suas funções nesse jogo de linguagem, ou seja, na dimensão pragmática do emprego do predicado mesmo. O papel pragmático da verdade serve de intermediário entre o da certeza da ação e a assertibilidade discursivamente justificada. As certezas da ação encontram base nas práticas argumentativas nas quais as pretensões de validade colocadas são aceitas tacitamente sob uma base de convicções intersubjetivamente compartilhadas. Quando incertezas são colocadas, transita-se da ação para o discurso com a formação de uma proposição hipotética cuja validade fica suspensa até que o jogo da linguagem da argumentação defina os melhores argumentos a favor ou contra a validade controvertida.⁵³ Na argumentação é que são analisados os melhores argumentos a favor ou contra pretensões de validade, servindo de lugar para a busca cooperativa da verdade. O problema que essa práxis da justificação suscita é como o arranjo das boas razões, que pretende conduzir a proposições justificadas, é suficiente para distinguir as pretensões de verdade legítimas das não legítimas. O que exige uma explicação é a força misteriosa do acordo obtido pelo

52 Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., p. 48.

53 Cf. HABERMAS, Wahrheit und Rechtfertigung..., p. 253.

discurso e que autoriza os participantes da argumentação, no papel de atores, a aceitar como verdadeiras as asserções justificadas.⁵⁴

Uma alternativa para esse dilema é tomar uma compreensão da verdade – imanente à linguagem – como afirmabilidade ideal. Assim, uma proposição seria verdade se e somente se suportasse todas as tentativas de invalidação sob a base dos pressupostos pragmáticos dos discursos racionais. Uma proposição somente seria verdadeira se pudesse ser justificada em uma situação epistêmica ideal.⁵⁵ O conceito discursivo de verdade se daria sob as exigências da práxis argumentativa realizada sob a base dos seguintes pressupostos ideais: a) publicidade e total inclusão de todos os envolvidos; b) distribuição equitativa dos direitos comunicativos; c) caráter não violento, admitindo apenas a força não coativa do melhor argumento; d) proibidade das manifestações de todos os participantes.⁵⁶

Nessa formulação, a verdade de uma proposição é medida por razões justificadoras, apresentadas a partir da consideração de todas as vozes e temas relevantes, fazendo-se justiça a sua transcendência em relação ao contexto, tal como colocado pelo falante. Nessa concepção procedimental da verdade, a condição de aceitabilidade universal é satisfeita se as pretensões de verdade se mostram resistentes às objeções argumentativamente colocadas e sempre renovadas.⁵⁷ Com isso, uma proposição justificada segundo critérios particulares se distingue de uma proposição verdadeira do mesmo

54 Cf. HABERMAS, *Wahrheit und Rechtfertigung...*, p. 254.

55 O próprio Habermas reconhece ter defendido uma ou outra versão de tal conceito discursivo de verdade (*Diskursbegriffs der Wahrheit*), fazendo-o no mesmo sentido de Peirce, Apel e Putnam (Cf. HABERMAS, *Realismus nach der sprachpragmatischen Wende...*, p. 48). Sobre isso, ver: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheitstheorien*. In: HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. 3. Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, p. 174-175; HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p. 28.

56 Cf. HABERMAS, *Wahrheitstheorien...*, p. 174-175; HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, p. 28.

57 Cf. HABERMAS, *Realismus nach der sprachpragmatischen Wende...*, p. 50.

modo que uma proposição justificada no seu contexto se distingue de uma proposição justificada em todos os contextos. Uma proposição é verdadeira se e somente se pode ser racionalmente aceita em condições ideais.⁵⁸

Contudo, o próprio Habermas reconhece que esse conceito de verdade procedimental como “resgate discursivo das pretensões de verdade” é contraintuitivo, pois a verdade não é um conceito de sucesso. É correto dizer que há uma conexão epistêmica entre verdade e justificação, mas não há uma conexão conceitual entre verdade e afirmabilidade racional em condições ideais. O que deve ser bem compreendido é que razões pragmaticamente insuperáveis não são razões obrigatórias no sentido lógico da validade definitiva.⁵⁹ Os argumentos que convencem sobre a verdade de uma proposição hoje podem se revelar falsos em outra situação epistêmica. Uma análise do curso de argumentações passadas revela muito bem a falibilidade de algumas verdades passadas da história.

Cabe à práxis argumentativa e a sua forma criar as condições para que os melhores argumentos possam ser apresentados, assegurando a inclusão de todos os participantes em igualdade de posições, sem coação e com o objetivo de alcançar o entendimento mútuo. Assim, uma proposição será verdadeira se resistir a todas as tentativas de invalidação nas condições de comunicação dos discursos racionais.⁶⁰

58 Cf. HABERMAS, *Wahrheit und Rechtfertigung...*, p. 256.

59 Cf. HABERMAS, *Realismus nach der sprachpragmatischen Wende...*, p. 50-51.

60 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Richtigkeit versus Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen.* In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 289.

6 O discurso prático e o discurso jurídico

O discurso prático e o discurso jurídico coincidem quanto ao objetivo da justificação de proposições normativas. O discurso prático pretende dar conta da justificação das proposições normativas práticas em geral, enquanto o discurso jurídico cuida da justificação das proposições normativas jurídicas. Com isso, pode ser sustentado que ambos tratam de questões práticas, pois nos dois casos refere-se à justificação sobre o que deve ser feito ou não. Isso significa que tanto no discurso prático como no discurso jurídico trata-se do que é obrigatório, proibido ou permitido.⁶¹

Nas discussões jurídicas estabelecidas na aplicação das normas jurídicas e na produção de decisões judiciais e, portanto, de proposições normativas particulares, não se trata de outra coisa que não exatamente de uma questão prática, pois, ao final, resulta que um determinado curso de ação deve ser realizado ou omitido definitivamente. Isso vale para os mais variados casos da práxis jurídica: da acusação e da defesa, que se dirigem aos jurados no tribunal do júri; dos juízes participantes de uma sessão de julgamento colegiada, que se dirigem uns aos outros; dos juízes, que se dirigem às partes; e destas, que se dirigem ao juiz. Em todas essas discussões, trata-se da definição sobre um determinado curso de ação ser proibido, obrigatório ou permitido. Portanto, as discussões jurídicas em torno da aplicação das normas jurídicas na produção de decisões judiciais são questões práticas. Essa mesma formulação pode ser estendida para os casos de aplicação das normas jurídicas pelas autoridades nas decisões administrativas.

61 Cf. ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, p. 374-384, dez. 1999, p. 375.

O que são questões práticas deve ficar bem compreendido. Segundo Habermas, contra a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral podem ser levantadas duas questões. A primeira é que o discurso jurídico não pode se movimentar exclusivamente no universo fechado do Direito vigente, devendo estar aberto a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de dação das normas jurídicas e que se encaixam na pretensão de legitimidade do Direito mesmo.⁶² A segunda é que a correção das decisões judiciais deve ser medida pela observância às condições comunicativas da argumentação e que tornam possível a formação imparcial dos juízos. O problema é que nem a precedência heurística do discurso prático-moral e a exigência de que as normas jurídicas não podem contrariar as normas morais autorizam concluir que o discurso jurídico é como um subconjunto de argumentações morais.⁶³ Isso quer dizer que o discurso jurídico não pode ser caso especial do discurso prático geral porque também argumentos pragmáticos, éticos e morais contam para a legitimidade do Direito.

Essa objeção, contudo, não compromete a tese do caso especial porque no discurso prático geral os argumentos pragmáticos, éticos e morais estão unidos uns com os outros. Entre eles existe não somente uma relação de complementação, mas também de “penetração”.⁶⁴ Segundo Alexy, a correção da tese do caso especial depende, essencialmente, do que se entende por discurso prático geral – problema que pode ser designado como *genus proximum*. Se o discurso prático geral for entendido como discurso moral no sentido da universalização e somente universalização, como formu-

62 Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, p. 191.

63 Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, p. 283.

64 Cf. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 19-40, 2007, p. 40.

lado por Habermas, efetivamente, a tese do caso especial está errada. Contudo, a argumentação jurídica não está aberta somente às razões morais, mas também às razões éticas e às razões pragmáticas.⁶⁵

Assim, contam as razões morais, que falam a favor da fundamentação das normas estabelecidas para a realização dos interesses de todos; as razões éticas e políticas, que servem como expressão de um autoentendimento coletivo no sentido de argumentos aceitos por todos que compartilham as “nossas tradições” e “valorações fortes”; e as razões pragmáticas, que levam em conta o ajuste e a ponderação de interesses concorrentes e antagônicos em favor de negociações compromissárias.⁶⁶ As razões éticas e as razões pragmáticas desempenham um papel indispensável na argumentação jurídica. Aliás, o ponto de partida da argumentação está nas normas jurídicas produzidas em um processo democrático no qual os três tipos de razões são essenciais. Uma vez que a argumentação jurídica está diretamente vinculada ao que é dado no material produzido pelo processo democrático, então a argumentação jurídica pressupõe razões morais, éticas e pragmáticas.⁶⁷

O que deve ser bem compreendido é que o discurso jurídico não é um subconjunto da argumentação moral, pois o *genus proximum* do discurso jurídico é o discurso prático geral no qual as questões morais, éticas e pragmáticas estão conectadas. O que difere o discurso jurídico do discurso prático geral são razões institucionais, como as normas jurídicas e as decisões judiciais, que são constitutivas para o primeiro e não para o segundo. A importância de um con-

65 Cf. ALEXY, *The Special Case Thesis...*, p. 377.

66 Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, p. 139.

67 Cf. ALEXY, *The Special Case Thesis...*, p. 377.

ceito de discurso prático geral que compreenda argumentos morais, éticos e pragmáticos está em que eles, cada um por si só e, assim, isoladamente, não respondem satisfatoriamente às questões práticas. A determinação de quais recursos devem ser disponibilizados para atender quais fins e quais objetivos, considerados os valores e os interesses de todos, não se deixa dar sem que sejam combinados argumentos e razões morais, éticas e pragmáticas.⁶⁸

7 O discurso jurídico judicial

Uma questão que pode ser colocada contra a teoria do discurso jurídico é que as condições limitadoras que o Direito vigente lhe impõe – as normas jurídicas, a dogmática jurídica e as decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas – impedem o discurso jurídico mesmo. Isso significa que as limitações próprias das discussões jurídicas não são compatíveis com a teoria do discurso.

Essa questão pode ser analisada com um enfoque nas discussões jurídicas realizadas pela dogmática jurídica e outro nas discussões jurídicas que se dão no âmbito da aplicação das normas jurídicas para a produção de decisões judiciais no processo judicial.

No primeiro caso, quando se está diante da forma mais livre e aberta de discussão jurídica, pois a discussão dogmática não está limitada no tempo e tampouco deve obediência às regras estritas do desenvolvimento do processo judicial, trata-se efetivamente de uma argumentação racional. Na justificação de uma proposição normativa jurídica, não se busca encontrar um acordo de todos em uma discussão sem limites, mas que todos, que se orientam conforme o

68 Cf. ALEXY, *The Special Case Thesis...*, p. 378.

ordenamento jurídico vigente, possam estar de acordo com ela. Além disso, no âmbito das discussões jurídicas, o espaço para o jogo de argumentos favoráveis e contrários à justificação de uma determinada proposição normativa é bastante amplo, permitindo uma elevação da qualidade do discurso para que sejam apresentadas as melhores razões.⁶⁹

No segundo caso, a questão é mais complexa em razão das particularidades, limitações e restrições impostas pelo ordenamento jurídico quanto ao desenvolvimento do processo judicial. As limitações do processo judicial, dadas as regras processuais, poderiam ser impeditivas de que as discussões jurídicas estabelecidas na aplicação das normas jurídicas possam caracterizar discurso nos moldes da teoria do discurso. As razões para isso estariam no fato de que o processo judicial deve ser concluído conforme os prazos estabelecidos pelas regras processuais. Além disso, os atos processuais devem observar determinadas formas. A própria participação das partes pode ser motivada por interesses próprios e individuais, cada uma buscando o que lhe parecer mais vantajoso, o que se afastaria bastante dos pressupostos de uma atividade comunicativa desenvolvida com vistas ao entendimento ou acordo racional intersubjetivamente controlável. No processo judicial, ademais, a participação do réu nunca é voluntária e o que mais parece ser do interesse das partes, independentemente de uma proposição normativa justa, é obter uma situação de vantagem. Com essas marcas, aliás, o processo judicial poderia ser compreendido como uma ação estratégica e não como uma ação comunicativa, distante, portanto, dos pressupostos comunicativos da teoria do discurso.⁷⁰

69 Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, p. 269.

70 Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, p. 270.

Nesse mesmo sentido, Gorman sustenta que as regras do discurso racional e, assim, a teoria do discurso, não podem ser aplicadas no processual judicial. A razão para essa formulação é a de que as regras do discurso racional, que estão assentadas nos pressupostos comunicativos da pragmática universal, são do tipo que somente podem ser aplicadas a discussões de duas pessoas ou a discussões entre mais de duas pessoas. Uma certeza intersubjetivamente vinculante sobre uma questão prática somente pode ser alcançada se for adotado um procedimento multipessoal estruturado de tal modo a impedir uma *decisão* até que uma justificação seja explicitada, compartilhada e aceita. Na situação de discurso do tipo de justificação duas-pessoas, bem como na situação de discurso multipessoal, todos os participantes do discurso detêm os mesmos direitos e competências, encontrando-se em posição de igualdade de tal modo que nenhum deles está investido de autoridade para, sozinho ou com alguns outros, decidir uma questão prática.⁷¹

Segundo Gorman, o processo judicial não se encaixa no tipo de justificação duas-pessoas, mas, sim, no discurso do tipo de justificação três-pessoas. Com isso, modifica-se a estrutura da justificação na medida em que ela conta com as duas partes e o juiz e, além disso, o último está investido de poderes não conferidos aos primeiros. Alguns conceitos necessários ao entendimento das decisões judiciais, como os de aplicabilidade e de verificação, são essencialmente conceitos do discurso de justificação três-pessoas.⁷² No caso de uma decisão judicial que decide a respeito de uma controvérsia jurídica entre duas partes, o juiz deve apresentar razões de tal sorte que a

71 Cf. GORMAN, Jonathan. Three-Person Justification. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 218.

72 Cf. GORMAN, Three-Person Justification..., p. 219.

parte perdedora tolere o resultado negativo, o que bem caracteriza uma situação de discurso de justificação três-pessoas.⁷³ Além disso, Gorman sustenta que no processo judicial o juiz não pode fazer suas razões apresentadas pelas partes, pois a justificação do juiz deve ser diferente das justificações já adiantadas pelas próprias partes.⁷⁴

O processo judicial pode ser configurado como atividade comunicativa nos moldes exigidos pela teoria do discurso. Contudo, para que as objeções colocadas possam ser respondidas satisfatoriamente, o processo judicial deve ser desenvolvido o mais próximo possível do atendimento às exigências da teoria do discurso. O decisivo é que o processo judicial pode ser compreendido como o desenvolvimento de um discurso cooperativo entre as partes envolvidas, no qual a diversidade e os interesses contrários em disputa não excluem um consentimento racional e um debate cooperativo como valor ou ideia regulativa.⁷⁵

Assim, o processo judicial pode ser compreendido como uma interação discursiva na qual as diferentes partes desempenham diferentes papéis, conforme as regras que estabelecem que tipo de manifestações são as permitidas a cada parte, em que circunstâncias e quais são seus valores. O fato de que há vencedores e perdedores e o de que as partes desenvolvem, frequentemente, ações estratégicas não exclui que elas, mais ou menos, contribuem para a formulação de posições intersubjetivamente compartilhadas.⁷⁶ Deve-se compreender a diferença entre o objetivo dos participantes do discurso e a função do discurso. Ao buscarem a realização de seus objetivos,

73 Cf. GORMAN, Three-Person Justification..., p. 221.

74 Cf. GORMAN, Three-Person Justification..., p. 217-218.

75 Cf. SARTOR, Giovanni. A Teleological Approach to Legal Dialogues. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 252.

76 Cf. SARTOR, A Teleological Approach to Legal Dialogues..., p. 254.

as partes contribuem ao propósito institucional de dar um fim justo e bem informado ao litígio que iniciaram. É certo que as partes e seus procuradores visam vencer o conflito, mas também é certo que eles podem acreditar que estão contribuindo para a justiça.⁷⁷

Existem diversos tipos de processos judiciais e são diversas alternativas para o comportamento das partes e dos juízes. Os processos judiciais como o de uma ação de controle de constitucionalidade ou o de uma ação cuja controvérsia é exclusivamente sobre questões jurídicas puras, em que fatos não são controvertidos, as exigências colocadas pela teoria do discurso podem ser mais facilmente atingidas. No processo judicial criminal e, principalmente, no julgamento perante o tribunal do júri, quando a acusação e a defesa se dirigem aos jurados, que decidem intimamente e sem dar razões, a realização das exigências da teoria do discurso está mais distante. No tribunal do júri, quando as partes se dirigem aos jurados, abre-se espaço bastante amplo para a exploração de argumentos com efeitos retóricos e psicológicos, disso resultando persuasão e não convencimento.

Mas, independentemente da natureza do processo judicial, o que mais conta para a realização das exigências da teoria do discurso é o comportamento das partes. Até mesmo os argumentos desenvolvidos pelas partes perante os jurados no tribunal do júri podem ser colocados em termos de uma ação comunicativa, bastando que o falante considere os pressupostos da situação ideal de fala da pragmática universal. De qualquer sorte, no tribunal do júri, até mesmo os espaços para ações estratégicas estão organizados de tal modo que todos os fatos relevantes para a Constituição do estado de coisas são tematizados⁷⁸ – na sessão de julgamento, conforme as normas

77 Cf. SARTOR, A Teleological Approach to Legal Dialogues..., p. 255.

78 Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, p. 289.

processuais, as partes são livres para formular perguntas e apresentar respostas umas às outras, ao juiz e inclusive os próprios jurados podem formular perguntas às partes e ao juiz. No processo judicial civil, ainda que as partes coloquem argumentos em favor de seus próprios interesses e busquem uma situação de vantagem uma em face da outra, o comportamento das partes e os argumentos podem ser apresentados em consideração aos pressupostos comunicativos da pragmática universal. Basta que as partes arranjam seus argumentos com a pretensão de que toda pessoa racional possa estar de acordo sob as condições ideais colocadas pela teoria do discurso.⁷⁹

Nesse sentido, segundo Habermas, todos os participantes do processo, por diferentes motivos, apresentam, sempre, contribuições para um discurso que serve, da perspectiva do juiz, para a formação imparcial do juízo.⁸⁰ Os argumentos apresentados pelo juiz para justificar a proposição normativa singular podem ser colocados como uma ação comunicativa nos termos da pragmática universal. Não há razão para se desacreditar que o juiz não possa considerar, como ideia regulativa, as pretensões de validade da inteligibilidade, da veracidade, da verdade e da correção. Segundo Alexy, se o juiz deseja decidir corretamente, então deve ouvir todos os argumentos e, se a correção de sua decisão deve ser submetida a um controle, então ele deve justificar o seu julgamento perante as partes, a comunidade jurídica e também a comunidade em geral.⁸¹

Se a tarefa do juiz é apresentar uma decisão correta com base em uma justificação correta, não se pode pretender, como sustenta Gorman, que as razões apresentadas pelas partes estejam excluídas

79 Cf. ALEXY, *The Special Case Thesis...*, p. 376.

80 Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, p. 283.

81 Cf. ALEXY, Robert. Thirteen Replies. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 377.

da justificação judicial. Nem sempre as justificações das partes vão estar corretas em todos os seus elementos apresentados, mas nada impede que o juiz possa se valer das boas razões trazidas pelas partes no quanto que for correto. A prevalecer entendimento de que a justificação do juiz deve ser diferente das razões apresentadas pelas partes, nenhuma delas poderia apresentar qualquer argumentação que julgasse correta, o que seria incompatível com a pretensão de correção necessariamente levantada pelas partes quando se dirigem ao juiz.⁸²

Outra razão que pode ser acrescentada, segundo Alexy, é a de que as razões do juiz não se dirigem somente às partes, mas também aos outros juízes, juristas e à sociedade em geral, configurando argumentos jurídicos gerais. Com isso, considerada a distinção entre justificação duas-pessoas e justificação três-pessoas proposta por Gorman, a justificação autoritativa três-pessoas se transforma em uma justificação não autoritativa duas-pessoas, quando, então, deverá ser submetida ao exame crítico no discurso jurídico geral. A decisão do juiz somente passará no teste se cada um dos argumentos apresentados na sua justificação contarem como bons argumentos no discurso jurídico.⁸³

O processo judicial não pode ser entendido teoricamente sem referência à teoria do discurso, pois ele coloca sempre a exigência de que as partes e os juízes argumentem racionalmente. Contudo, o discurso jurídico racional, como teoria da argumentação jurídica, não pressupõe que todas as disputas jurídicas devam ser vistas como discurso no sentido da comunicação sem coação e sem restrições, senão somente que nas disputas jurídicas as discussões tenham lugar sob

82 Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 352.

83 Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 352.

a pretensão de correção e, por isso, tendo como referência as condições ideais colocadas no discurso prático. Logo, é correto interpretar o processo judicial em termos da teoria do discurso.⁸⁴

8 Conclusão

A teoria do discurso diz que os juízos de valor e de dever e, assim, as proposições normativas podem ser justificadas racionalmente do mesmo modo que as proposições empíricas descritivas do estado das coisas. O ponto central da teoria do discurso é que as questões práticas podem ser decididas de modo racional no âmbito de uma argumentação prática, desenvolvida a partir de uma ação comunicativa dirigida ao acordo ou ao entendimento mútuo.⁸⁵ Cuida-se de uma racionalidade comunicativa, construída com base nas ações, atos de fala, interações mediadas pela linguagem e mundo da vida.

A teoria do discurso está assentada na pragmática universal, que é construir as condições universais de entendimento possível entre pessoas. O objetivo da pragmática universal é apresentar os pressupostos gerais de comunicação ou de uma ação comunicativa, alcançando as bases para a validade universal do discurso.⁸⁶

A argumentação é um tipo de fala na qual os participantes colocam em discussão as pretensões de validade sobre as quais há desacordo, tentando, por meio de argumentos, desenvolvê-las ou rejeitá-las. Na argumentação, sempre são apresentadas razões conectadas às pretensões de validade problematizadas, medindo-se sua força a partir de sua capacidade para convencer os participantes em

84 Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, p. 271.

85 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns...*, p. 39.

86 Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., p. 353.

um discurso, motivando-os a aceitar a pretensão de validade em litígio.

No discurso prático, diz-se racional quem atua com lucidez em um conflito normativo, afastando-se das emoções, paixões ou interesses imediatos, e julga com imparcialidade as questões práticas a partir de um ponto de vista moral alcançado em um acordo intersubjetivamente controlado. O meio para se alcançar isso e, assim, examinar imparcialmente uma norma de ação é o discurso prático e a forma de argumentação em que se convertem problematizadas as pretensões de correção normativa.

Assim, a racionalidade pode ser entendida como a disposição dos sujeitos capazes de linguagem e de ação para alcançarem um acordo ou um entendimento mútuo sobre algo no mundo a partir da apresentação de razões em relação a pretensões de validade problematizadas.

O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático. Ambos coincidem porque tratam de questões práticas e colocam pretensão de correção. Contudo, o discurso jurídico é condicionado pelas normas jurídicas, formulações da dogmática jurídica e pelos precedentes jurisprudenciais.

O processo judicial deve ser entendido com referência à teoria do discurso, pois ele coloca sempre a exigência de que as partes e os juízes argumentem racionalmente. Contudo, o discurso jurídico racional, como teoria da argumentação jurídica, não pressupõe que todas as disputas jurídicas devam ser vistas como discurso no sentido da comunicação sem coação e sem restrições, senão somente que nas disputas jurídicas as discussões tenham lugar sob a pretensão de correção e, por isso, tendo como referência as condições ideais colocadas no discurso prático. Logo, é correto interpretar o processo judicial em termos da teoria do discurso.

Referências

- ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 19-40.
- _____. Diskurstheorie und Menschenrechte. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 127-164.
- _____. Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker. In: ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2 ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- _____. Probleme der Diskurstheorie. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 109-126.
- _____. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.
- _____. The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, dez. 1999, p. 374-384.
- _____. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- _____. Thirteen Replies. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 333-366.
- _____. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo e direito discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95-113.
- AUSTIN J. L., *How to Do Things with Words*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975.
- BRANDOM, Robert B. *Making it Explicit*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- COOKE, Maeve. Law's Claim to Correctness. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 225-247.
- GORMAN, Jonathan. Three-Person justification. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 207-222.
- HABERMAS, Jürgen. A volta ao historicismo. In: SOUZA, José Crisóstomo de. *Filosofia, racionalidade, democracia*. Os debates entre Rorty & Habermas. São Paulo: UNESP, 2005, p. 53-83.

_____. *Die Einbeziehung der Anderen*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

_____. Diskursethik. In: HABERMAS, Jürgen. *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 53-125.

_____. Eine genealogische Betrachtung zum Kognitiven Gehalt der Moral. In: HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung der Anderen*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 11-64.

_____. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

_____. Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenswelte. In: HABERMAS, Jürgen. *Nahcmetaphysisches Denken*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p. 63-104.

_____. *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

_____. Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln. In: HABERMAS, Jürgen. *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 127-206.

_____. *Nahcmetaphysisches Denken*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p. 105-135.

_____. Rationalität der Verständigung. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 102-137.

_____. Realismus nach der sprachpragmatischen Wende. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 57-65.

_____. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law Scholl. In: HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung der Anderen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 309-399.

_____. Richtigkeit versus Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 271-318.

_____. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.

_____. Von Kant zu Hegel. Zu Robert Brandon Sprachpragmatik. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 138-185.

_____. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

_____. Was heißt Universalpragmatik? In: HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, p. 353-441.

_____. Wahrheitstheorien. In: HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, p. 127-182.

_____. *Wharheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

_____. Wharheit und Rechtfertigung. In: HABERMAS, Jürgen. *Wharheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 271-318.

_____. Zur Kritik der Bedeutungstheorie. In: HABERMAS, Jürgen. *Nahcmetaphysisches Denken*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p. 105-135.

HARE, R. M. *Freedom and Reason*. Oxford: Oxford University Press, 1963.

_____. *Sorting out Ethics*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

_____. *The Language of Morals*. Oxford: Clarendon Press, 1952.

HEIDEMANN, Carsten. The Concept of Validity in a Theory of Social Action. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 311-317.

PAVLAKOS, George (ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007.

RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. 2. ed. Trad. Jorge Pires. Lisboa: Dom Quixote, 2004.

_____. *El giro linguístico*. Trad. Gabriel Belo. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. *Pragmatismo y política*. Trad. Rafael del Aguila. Barcelona: 1998.

_____. *Verdade y progresso*. Barcelona: Paidós, 2000.

_____. Verdade, universalidade e política democrática. In: SOUZA, José Crisóstomo de. *Filosofia, racionalidade, democracia*. Os debates entre Rorty & Habermas. São Paulo: UNESP, 2005.

SARTOR, Giovanni. A Teleological Approach to Legal Dialogues. In: PAVLAKOS, George. *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 249-274.

SEARLE, John R. *Speech acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

O PARADIGMA EPISTEMOLÓGICO HERMENÊUTICO CRIATIVO/PRODUTIVO NO DIREITO: ser/sujeito e existência

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER¹

BRUNO HERINGER JÚNIOR²

1 Introdução

Este texto destinar-se-á à discussão **do paradigma epistemológico hermenêutico criativo no Direito: ser/sujeito e existência**, com o intuito de compreender como se estrutura(ria) um novo paradigma de reconstrução do conhecimento na área do Direito, ou seja, a partir da leitura de que sendo o Direito a ciência social que é, não pode(ria) ser olhado como algo pronto, objetivo, fechado em si mesmo, sem possibilidades de adaptações, como estátua, mas caracterizar-se como um espelho que reflete a realidade.

-
- 1 Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FESMP. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UFRG-FURG. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS.
- 2 Doutor em Direito. Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Para tanto, o texto observa o florescimento de uma hermenêutica proposta por teóricos como Heidegger, Gadamer e Richard Rorty, na tentativa de abrir novos caminhos e subverter a concepção de centralidade da epistemologia e da hermenêutica tradicional, buscando novas formas de reflexão capazes de dar conta das mudanças na sociedade, na ciência e na cultura características de uma época por meio do “rompimento” de um modelo liberal de interpretação para um modelo social de transformação. Modelo este em que a dicotomia sujeito-objeto estabelecida e defendida pelo paradigma epistemológico da filosofia da consciência vê-se superada em prol de uma nova relação sujeito-objeto. Essa nova relação estabelecida de matriz heideggeriana entende que o sujeito não está isolado do mundo, mas é um ser inserido nele desde sempre, de maneira a interpretar envolto em pré-juízos, desenvolvidos ao longo de sua vida.

O que se quer com o novo paradigma de cunho criativo/produutivo é solucionar os problemas reais e necessários, reconhecidos como tal pela comunidade, refletindo de fato o que se quer como mudança, em busca da justiça e da paz social, bem como garantir a preservação da capacidade de resolver problemas, para com isso se manter como força viva de compreensão do fenômeno jurídico.

2 A proposta hermenêutica de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer

O aparecimento e/ou o florescimento da hermenêutica coincide com momentos de crise, especificamente aqueles em que um tempo já não se percebe imediatamente vinculado à produção oriunda de um certo passado. Essa produção, no entanto, mostra sinais claros de que o modelo de racionalidade moderna encontra-se numa pro-

funda e irreversível crise. Tal observação resulta da interação de uma pluralidade de condições sociais e teóricas que, conforme Santos, se configura a partir de duas observações:

a primeira, que não é tão trivial quanto parece, é que a identificação dos limites, das insuficiências estruturais do paradigma científico moderno é o resultado do grande avanço no conhecimento que ele propiciou. A segunda é a de que o aprofundamento do conhecimento permitiu ver a fragilidade dos pilares em que se funda.³

Esse caráter inovador é que possibilita a rediscussão das teorias que serviram de base para o desenvolvimento das ciências modernas nos diversos campos do conhecimento, provocando uma profunda reflexão epistemológica sobre o conhecimento científico dominante.⁴

A hermenêutica jurídica tradicional, nesse sentido, passa também por um momento de crise, ou por uma alteração de foco. Essa mudança ocorreu a partir da chamada viragem linguística⁵, do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência. “Isso significa que a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade.”⁶ Essa condição de possibilidade é

3 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 66.

4 LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 50.

5 Ocorrida no século XX, a chamada “viragem linguística” ou “reviravolta linguística” vai se concretizar como uma nova concepção da constituição de sentido. [...] Essa viragem rumo à explicitação de um caráter prático, intersubjetivo e histórico da linguagem humana tem forte sustentação em Wittgenstein, cuja posição é próxima da nova hermenêutica de matriz heideggeriana. Tanto em Wittgenstein como em Heidegger, a linguagem passa a ser entendida, em primeiro lugar, como ação humana, ou seja, a linguagem é o dado último enquanto é uma ação fática, prática (OLIVEIRA apud STRECK, 1999, p. 47). Também Richard Rorty expõe o que se pode denominar de *linguistic turn* como o giro que deram os filósofos quando deixaram de lado o tema da experiência e adotaram a temática da linguagem [...]. Trabalha-se, nesse sentido, a concepção de mundo sem substâncias ou essências, e sem dualismos metafísicos herdados da tradição grega (RORTY apud STRECK, 1999, p. 137).

6 STRECK, Lenio L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do Direito*. Porto

necessária para superar o rigor científico, que, segundo Ivone Lixa, reprime o valor humano e, na busca pela exteriorização da objetividade, interioriza o sujeito, criando uma relação sujeito/objeto estanque e incomunicável. “Sem dúvida, este modelo, não raras vezes, não sabe como superar seus próprios limites, já que a própria precisão quantitativa do conhecimento é necessariamente limitada.”⁷

Se há uma crise no modelo dominante, porém, é preciso alcançar mudanças e novas possibilidades. O que se busca com essa mudança é a transformação do processo de interpretação que deixa de ser reprodutivo e passa a ser produtivo/criativo. É, sem dúvida, um momento de despedida, com alguma dor, dos lugares teóricos e conceituais anteriores, mas que já não são convincentes.

Para Santos,

[...] a crise do paradigma da ciência moderna não constitui um pântano cinzento de cepticismo ou de irracionalismo. É antes o retrato de uma família intelectual numerosa e instável, mas também criativa e fascinante, no momento de se despedir, com alguma dor, dos lugares conceituais, teóricos e epistemológicos, ancestrais e íntimos, mas não mais convincentes e securizantes, uma despedida em busca de uma vida melhor a caminho doutras paragens onde o optimismo seja mais fundado e a racionalidade mais plural e onde, finalmente o conhecimento volte a ser uma aventura encantada. A caracterização da crise do paradigma dominante traz consigo o perfil do paradigma emergente.⁸

Este novo paradigma emergente, que o autor denomina prudente/emergente/social, surge à procura de uma vida decente, a fim de abandonar definitivamente o caráter técnico-instrumental e, com

Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 169.

7 LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Op. cit., p. 142.

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica...* Op. cit., p. 67.

isso, trazer ou proporcionar um tipo de conhecimento que passe a ser autoconhecimento/reflexão e criação. Dessa forma, começa a ser questionada a dicotomia sujeito-objeto criada pela ciência moderna, que destitui a subjetividade de qualquer análise, uma vez que o conhecimento objetivo não poderia admitir a interferência de valores humanos. Tal distinção, caracterizada como central no pensamento hermenêutico tradicional, é o que permite a separação absoluta entre condições de conhecimento – o sujeito – e sua existencialidade – o objeto de conhecimento. “Embora essencial, esta separação não pode mais ocultar insuperável contradição: as condições de conhecimento são assentadas em condições que selecionam e garantem o desenrolar da investigação.”⁹ Isso significa que “a separação entre sujeito-objeto é feita de cumplicidades não reconhecidas. Assim, todo conhecimento é autoconhecimento”.¹⁰

A ideia de autoconhecimento, nesse sentido, significa a desmistificação da chamada neutralidade, da tecnificação, da objetividade da hermenêutica jurídica, ou seja, não há sujeito sem história, sem desejos, não há compreensão isenta de subjetividade. Para interpretar é necessário compreender. E isso corresponde ao ressaltado do fenômeno da compreensão sobre a ênfase anterior, denominada de reprodução de sentido. “Para compreender, temos que ter uma pré-compreensão (por exemplo, para uma adequada compreensão da Constituição necessitamos de uma prévia teoria da Constituição).”¹¹

9 LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Op. cit., p.143.

10 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica...* Op. cit., p. 82.

11 O papel da Constituição neste novo paradigma é preciso: “deixar o fenômeno constitucional visível, deixando-o vir à presença, ao contrário da dogmática jurídica, que vê a Constituição como uma (mera) ferramenta jurídica (categoria) a ser confirmada (ou não) pela técnica interpretativa (método), por muitos denominada de hermenêutica constitucional” (STRECK, 2002, p. 210). Não queremos tratar aqui nesta nova concepção a Constituição como sintática, ou como uma justaposição de enunciados linguísticos, de significantes estáticos, sem importância para a vida social. Queremos, isto sim, des-objetivá-la, “tarefa que somente será possível com a superação do para-

A ideia de pré-compreensão, apresentada por Heidegger, é assim traduzida por José Lamago, citado por Camargo:

A “pré-compreensão” representa uma antecipação de sentido do que se compreende, uma expectativa de sentido determinada pela relação do intérprete com a coisa no contexto de determinada situação. A pré-compreensão constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão.¹²

O ato de compreender significa nessa nova perspectiva que ela não é entendida como um dos modos, entre outros, do proceder mental humano, pois se confunde com o próprio cerne da existência (*Dasein*). Radicando a compreensão na existência, Heidegger, seu principal defensor, leva a vê-la como um momento da “existência” e não algo que paira sobre ela.¹³

Conforme Arruda e Gonçalves,

A apreciação da pré-compreensão subjetiva do intérprete envolve a sondagem de seus centros pré-compreensivos [...]. O centro compreensivo é como um ponto de origem desde o qual se projeta um raio interpretativo, que define a largura de espectro do horizonte de possibilidades de decisões de um intérprete. Em termos gadamerianos, esse horizonte interpretativo é também atingido, senão mais já propriamente formado pela consciência da história dos efeitos interpretativos progressos, isto é, dos resultados interpretativos provenientes de outros que se dedicaram àquelas questões em momentos anteriores. Mas a fidelidade a essa história das interpretações progressas traz consigo o ônus de um certo continuísmo das tradições. Importa então explorarmos novas possibilidades hermenêuticas preocupadas em assumir a tarefa de, justifi-

digma metafísico que pré-domina o imaginário dos juristas” (STRECK, 2002, p. 211). STRECK. Lenio L. *Jurisdição...* Op. cit., p. 169.

12 CAMARGO, Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 45.

13 LIMA, Luiz Costa. *Teoria da Literatura em suas fontes*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1983.

cadamente, criticar e propor o abandono de certas tradições rumo à inauguração de outras tantas. *Novas interpretações são sempre fruto de um novo centro compreensivo conquistado pela reelaboração de uma pré-compreensão* (grifo nosso).¹⁴

Nesse sentido, a compreensão e seu *desideratum*, o processo de interpretação, não se confundem com uma mera operação intelectual que ocorre a partir da chamada repetição reprodutiva da produção mental original, defendida por Schleiermacher. O processo de interpretação que se defende é aquele que trata essa expressão como aplicação do “como” em relação a uma tarefa. O “como” fixa a estrutura da expressividade de uma compreensão. Para Lima, “o fato de a interpretação não ser obrigatoriamente intelectual explicita seu caráter antipredicativo e pré-conceitual, o que levará Gadamer a insistir na diferença da arte da interpretação quanto às preocupações de ordem metodológica”.¹⁵

Para melhor compreender essas preocupações de ordem metodológica, é necessário analisar duas observações que se impõem. “A primeira concerne à relação heideggeriana entre o Ser e a existência. A essência do *Dasein*¹⁶ está em sua existência, ou seja, sua essência consiste no como da sua existência e não numa intemporalidade.”¹⁷ Isso significa que o Ser/sujeito está vinculado à sua existência,

14 ARRUDA JR., Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcos Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica – alternativas para o Direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002, p. 254.

15 LIMA, Luiz Costa. Op. cit., p. 55.

16 Para Ernildo Stein (1990, p.10-1), o ser-aí (*Dasein*) e ser-no-mundo representam explicitamente o corte com a tradição metafísica. A ruptura com a ideia de ser e ente, de objeto e coisa, de representação e representado é, entretanto, realizada pelo conceito de afecção (sentimento de situação) que acompanha a compreensão e que o filósofo expressa de maneira sintética no conceito de cuidado. Essa palavra tem um sentido ontológico, pois ela pretende romper com a ideia metafísica de que todos os enigmas da Filosofia estariam resolvidos por uma resposta objetiva sobre a origem e o fim do ser e dos entes (STEIN apud STRECK, 2002, p. 170).

17 LIMA, Luiz Costa. Op. cit., p. 55.

à sua história e não a condições estáticas que não se modificam em função do tempo. A segunda observação diz respeito ao emprego dessa concepção do Ser inclusa no *Dasein* quanto ao problema da compreensão.

Para Lima,

se o Ser não é anterior ao existir, mas conforme com ele, se a compreensão, ademais não é uma faculdade entre outras dadas no *Dasein*, toda compreensão não pode pretender alcançar uma substância imovível, que lhe seria anterior. Há, por certo, uma anterioridade que guia a compreensão, mas esta é histórica e não ontológica, i.e., é formada pelos condicionantes históricos que presidem a compreensão: “Uma interpretação nunca é uma apreensão de algo dado, realizada sem supostos. Toda interpretação que haja de acarretar compreensão tem que haver compreendido o que trata de interpretar” (grifo nosso).¹⁸

A compreensão é guiada, então, por algo histórico, e não meramente pelo estudo do Ser na sua essência como algo metafísico, ou como ciência da realidade que se configuraria numa teoria irremovível dos objetos. Essas observações sobre como ocorreria a compreensão demonstram a inevitabilidade do chamado círculo hermenêutico. Essa dinâmica de adoção demonstra que, para tornar possível a compreensão do texto, o intérprete deve partir de uma pré-compreensão acerca do encadeamento do sentido expresso pelas palavras e frases que o texto congrega. O ponto inicial, ainda que se confirme a expectativa de sentido do intérprete, volta modificado, pois agora se parte de uma certeza que antes não existia.¹⁹

18 Id.

19 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Segundo Streck,

a pré-compreensão do jurista inserido no sentido comum teórico dos juristas é condição de possibilidade deste (jurista) ser-no-mundo. Fundando este horizonte – que lhe dá o seu sentido de ser-no-mundo – com o horizonte de um horizonte crítico (ter horizonte, diz Gadamer, significa não estar limitado ao que está mais próximo de nós, mas sim poder ver além), o jurista conformará uma nova compreensão, com o que não (re)produzirá o sentido inautêntico, e sim, um novo sentido que possibilitará a aplicação/concreção do texto jurídico de acordo com os objetivos e cânones do Estado Democrático de Direito, que funciona como a nova linguagem (condição de possibilidade) a qual, ao se fundir com o (velho) horizonte oriundo da tradição (senso comum teórico), proporciona o desvelar do ser do (daquele) entre o texto jurídico e sua inserção no mundo.²⁰

Assim, a hermenêutica jurídica de matriz filosófica representa uma reação contra a tendência racionalizadora moderna que se estendeu do Iluminismo até a cientificação positivista das ciências sociais, cujos valores centrais são, entre outros: a generalização, a abstração, a funcionalidade e a planificação. O que se quer alcançar é a construção de um discurso crítico emancipatório, bem como a superação dos pré-condicionamentos (pré-conceitos) que limitam o agir do jurista. É preciso, assim, buscar a valorização da pluralidade, a oposição ao absolutismo da verdade e a lúdica experiência do sujeito com a tradição. “Esses elementos precisam ser resgatados para que se possa delinear um novo paradigma de compreensão do Direito, estabelecendo novo horizonte que permite a desmistificação e superação do imaginário legado do século XIX.”²¹

20 STRECK, Lenio L. *Jurisdição...* Op. cit., p. 246.

21 LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Op. cit, p. 154.

Essa superação passa, obrigatoriamente, pela compreensão, ou seja, é necessário o deslocamento desse centro compreensivo, obtendo dessa forma um outro raio projetivo, direcionado a novos horizontes interpretativos, que podem ser precários ou provisórios, mas que não se constituem como negativos.

Conforme Vattimo (2002, p. 112),

Compreensão-interpretação, Discurso. O círculo da compreensão e interpretação é a estrutura constitutiva central do ser-no-mundo que caracteriza o Ser-aí. De fato, ser-no-mundo não significa estar efetivamente em contato com todas as coisas que constituem o mundo, mas sim estar já sempre familiarizado com uma totalidade de significados, com um contexto referencial. Na análise que faz de Heidegger da "mundidade do mundo", as coisas se dão ao Ser-aí somente no interior de um projeto; ou, diz Heidegger, como instrumentos. O Ser-aí existe na forma de projeto, no qual as coisas só são na medida em que pertencem a esse projeto, na medida em que têm um sentido nesse contexto. Essa familiaridade preliminar com o mundo, que se identifica com a própria existência do Ser-aí, é o que Heidegger chama de compreensão ou pré-compreensão. Qualquer ato de conhecimento nada mais é que uma articulação, uma interpretação dessa familiaridade preliminar com o mundo (grifo nosso).²²

Para Gadamer, citado por Lima²³, o importante aqui é a participação produtiva do intérprete, que agora pertence de modo irrevogável ao sentido da própria compreensão – conduz a ver a interpretação menos como um ato de restauração do passado do que como ajuste ao presente; ajuste não arbitrário, que violenta a letra do texto, à medida que no presente continua o passado, por meio das tradi-

22 VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade – niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 112.

23 LIMA, Luiz Costa. Op. cit., p.55.

ções que servem de ponte ao contexto original do objeto interpretado. A concepção gadameriana investiga as condições gerais de todos os modos de compreender e mostrar que a compreensão nunca é, portanto, uma conduta subjetiva perante um dado objeto, mas pertence a uma história eficaz, o que significa pertencer ao Ser que foi compreendido. Esse trecho revela, nas palavras de Lima, “a diferença quanto a Schleiermacher: enquanto este era conduzido pelo propósito de estabelecer uma metodologia científica da interpretação, Gadamer desvincula a hermenêutica da problemática metodológica e científica e a enraíza na experiência geral do cotidiano”.²⁴ Ou seja, o que pretende esse autor é “delinear um conhecimento hermenêutico jurídico específico, que possibilita estabelecer o sentido e o objetivo da interpretação e aplicação do Direito, numa dimensão histórico-social”.²⁵ Assim, pode-se compreender que “a história dos efeitos interpretativos não opera apenas uma sequência de continuidades de sentido unidas pela permanência de uma tradição, mas também a descontinuidade formada pela introdução de rupturas e inauguração de novas tradições”.²⁶ Conforme Fernández-Largo, a hermenêutica jurídica, tomada no sentido gadameriano, é produto “[...] de la interpretación como categoría cognitiva del derecho; la índole práctica de la actividad interpretativa; su ineludible pertenencia a la tradición hermenéutica y, finalmente, su naturaleza transmetodológica”.²⁷

Para que isso ocorra, no entanto, é necessário não tomar a tematização científica e os juízos reflexivos como hermeneuticamen-

24 Ibid., p.63.

25 LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Op. cit., p. 157.

26 ARRUDA JR., Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcos Fabiano. Op. cit., p. 254.

27 Tradução: “[...] da interpretação como categoria cognitiva do Direito; a índole prática da atividade interpretativa; sua ilusão de pertencer à tradição hermenêutica e, finalmente, sua natureza transmetodológica”. FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, D. L., 1993, p. 63.

te privilegiados. Ao contrário, a Gadamer interessa mostrar como o fenômeno da compreensão resiste a toda tentativa de convertê-lo em abordagem científica. Daí, em troca o privilégio, que concederá aos tipos de experiência que a ciência não é capaz de absorver, como as da Filosofia, da História etc.

Segundo Fernández-Largo,

a interpretação [...] supõe a presença da história eficaz, ou seja, nenhuma "reconstrução" interpretativa pode ser puramente objetiva; a interpretação atua através de uma "fusão de horizontes": é releitura do passado a partir de seu efeito (Wirkung) no presente. O que vale dizer, a história nunca se congela de uma tal maneira que os pósteros pudessem se curvar sobre o tempo e desencadear a história deposta nas obras e nos objetos. É neste sentido que Gadamer fala da resistência das experiências da filosofia, da arte, da história ao esforço de objetivação da ciência. [...] A história eficaz desse trânsito entre o passado e o presente pressupõe a lição heideggeriana de que o compreender é sempre condicionado pela pré-compreensão, anterior ao indivíduo e co-presente no seu tempo.²⁸

Por meio da pré-compreensão, o intérprete pode se armar contra a chamada arbitrariedade subjetiva, uma vez que ela permite a constante reflexão e demonstra a possibilidade de resistência ao objetivismo científico. É a chamada condição-de-ser no mundo que vai determinar o sentido do texto (e não o método de interpretação, por exemplo). A pergunta pelo sentido do texto jurídico permite assumir aqui a chamada ontologia fundamental heideggeriana-gadameriana, matriz teórica adaptada para a recepção de um novo modelo para o Direito.²⁹

Nessa perspectiva, assevera ainda Streck:

28 Ibid., p. 64.

29 STRECK, Lenio L. *Jurisdição...* Op. cit., p. 170.

Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, onde a compreensão é entendida como estrutura ontológica do Dasein (ser-aí), onde o Da (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma “propriedade do ser, mas sim, o próprio ser”. Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser; a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único ente que compreende ser que é o homem (Dasein), o estar aí, que é o ser-no-mundo, que é cuidado (Sorge); cuidado é temporal (Zeitlich).³⁰

Observa-se, nesse sentido, que o ideal de objetividade, enquanto pressuposto de validade universal do conhecimento hermenêutico – a crença da verdade pelo método –, não mais se sustenta frente às propostas hermenêuticas críticas, especialmente a gadameriana, que demonstra ser a interpretação um ato de conhecimento existencial, consistindo uma entre várias possibilidades.³¹

Com o findar das propostas científicas da modernidade, sobretudo no campo do Direito, emerge, sob a denominação genérica de Teoria Crítica do Direito, um conjunto de movimentos e ideias que passaram a questionar as tradicionais e fundamentais premissas do pensamento jurídico, constatando que a compreensão do Direito não existe independente de um sujeito – operador jurídico – que age movido por opiniões, desejos, preferências e crenças. O que Gadamer quer demonstrar é justamente uma nova possibilidade de compreensão do fenômeno jurídico. Trata-se, agora, de uma hermenêutica que busca adequar a questão da compreensão do Direito com as novas propostas epistemológicas, emergente, capaz de contribuir, ou ao menos abrir caminhos, para um novo senso comum jurídico, a serviço da emancipação social.³²

30 Id.

31 LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Op. cit., p. 160-66.

32 Id.

Fernandez-Largo destaca:

Dice Gadamer: “la comprensión no es nunca un comportamiento sólo reproductivo, sino que es, a su vez, siempre productivo”. Y hablando en propiedad habría que decir que cuando se comprende, se comprende siempre de un modo diferente y no precisamente mejor. No estamos ante un abismo insondable del tiempo, sino ante una mediación de la tradición, que, cual puente, no posibilite el acertado acceso a la realidad. [...] El tiempo no es, una rémora para comprender el pasado, sino el ámbito donde tiene lugar la auténtica comprensión. Gadamer llega a proponer la regla hermenéutica de que “la distancia es la única que permite una expresión completa del verdadero sentido que hay en las cosas”.³³

A abertura para a possibilidade da reflexão filosófica no campo jurídico reorienta o discurso jurídico no sentido de sua inserção num horizonte compreensivo crítico, evidenciando a gênese do processo de produção do conhecimento jurídico. Deste modo é redimensionada a hermenêutica jurídica. Não se trata mais da tarefa de buscar “o verdadeiro e correto sentido das palavras da lei” a ser aplicado num dado caso concreto, mas de “[...] produção de um sentido originado de um processo de compreensão, onde o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz a fusão de horizontes a partir de sua historicidade”.³⁴

33 Tradução: “Diz Gadamer ‘a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, senão que é, por sua vez, sempre produtivo’. E falando em propriedade haveria de dizer que, quando se compreende, se compreende sempre de um modo diferente e não precisamente melhor. Não estamos diante de um abismo que não se pode averiguar do tempo, senão antes uma mediação da tradição que, qualquer ponto, não possibilita o acertado acesso à realidade [...]. O tempo não é um impedimento para compreender o passado, senão o âmbito de onde se tem lugar a autêntica compreensão. Gadamer chega a propor a regra hermenêutica de que ‘a distância é a única que permite uma expressão completa do verdadeiro sentido que possui as coisas.’” FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. Op. cit., p. 56-59.

34 STRECK, Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 17.

Nesse sentido,

com uma proposta de hermenêutica filosófica, aplicada ao âmbito jurídico, é superada a tradicional pretensão idealista-objetivista, por considerar o elemento subjetivo um dos fatores construtivos essenciais da compreensão, na medida em que a compreensão é tomada como a projeção do próprio sujeito, não se tratando, assim, de atividade meramente contemplativa mas de autocompreensão – o sentido do Direito na realidade circundante – que se realiza compreendendo o outro – a previsão normativa. O sujeito é considerado um ser cuja identidade é conferida a partir do horizonte compreensivo prévio que lhe confere a capacidade de compreensão atual e passada.³⁵

O que se pode vislumbrar do exposto é que toda a atividade compreensiva e interpretativa é condicionada pelo nosso lugar temporal e por nossa posição espacial na sociedade. Assim, a reflexão de Gadamer é extremamente importante quando afirma que compreender é sempre entender de outra maneira o objeto compreendido: “basta dizer que se compreende doutro modo quando enfim se compreende. [...]. O significado de um discurso não se estabelece senão através das convenções, valores e critérios de classificação que forjam a pré-concepção internalizada pelos sujeitos históricos”.³⁶

O interessante nessa nova perspectiva é o abandono da preocupação metodológica em prol de uma atividade interpretativa vinculada ao momento da compreensão. É o que ocorre na proposta hermenêutica de Gadamer, ou seja, a teoria hermenêutica desliga-se da preocupação metodológica e, conjuntamente com o aspecto compreensivo, enfatiza-se o momento de sua aplicação. É então que o sujeito/intérprete traz consigo os seus pré-conceitos, seus desejos, suas atitudes, estereótipos, e os coloca em prática. É, na verdade,

35 LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Op. cit., p. 161.

36 LIMA, Luiz Costa. Op. cit., p.72.

uma atualização constante do passado no presente. Isso tem reflexo direto no processo de aplicação do Direito, uma vez que para a hermenêutica tradicional ou mesmo para o paradigma epistemológico tradicional ao sujeito bastava reproduzir o objeto, isto é, repetir a produção legislativa/conhecimento dado. Desta maneira o interesse do intérprete, bem como as suas motivações na escolha de certos valores e realidades, eram tomados como inexistentes ou irrelevantes.

Sabe-se, no entanto, que essa suposta inocência do sujeito/intérprete sempre foi forçada, uma vez que todo ato de compreensão de algo contém uma aplicação do que se compreende “a situação presente do intérprete”.³⁷

Em termos práticos isso significa que, ao se analisar o modo como certo discurso foi interpretado, temos de compreender as motivações e interesses que guiavam o intérprete ao percebê-lo de um certo modo e não de outro. A preocupação com a aplicação da norma e com todo o processo de interpretação pelo qual passa o texto retira-o do pretensão neutralismo e da objetividade com que, frequentemente, cogitam de se justificar.³⁸

Assim como toda obra que corresponde a uma criação, o Direito tem sua marca humana. Por conseguinte, tem como sentido não só a intenção, ou a vontade do sujeito que faz a lei, mas também a tradição histórica na qual se insere. Isso encontra referência tanto na vontade do autor quanto na do intérprete, enquanto seres históricos pertencentes a épocas distintas. O Direito, no momento de sua criação pelo ato originário do legislador ou pelo ato decisório do juiz, aplica-se às necessidades práticas de todos aqueles que, direta ou indiretamente, se encontrem envolvidos na tarefa de interpretar a lei, ganhando um significado de natureza volitiva, o que faz com que ele deva ser compreendido.³⁹

37 Id.

38 Id.

39 CAMARGO, Maria Lacombe. *Hermenêutica...* Op. cit., p. 45.

Nesse sentido, se abandonarmos essa lógica da pergunta e da resposta prontas, será possível ao intérprete sujeito repor as questões de intencionalidade do legislador, adequando tal intenção a contextos determinados. Não se cogita aqui, por certo, a utilização de métodos tradicionais e interpretações reducionistas, mas, sim, a busca efetiva da concretização da norma.

Ao se abandonar a concepção silogística de aplicação normativa, a teoria jurídica contemporânea tem aceitado a ideia de que interpretar uma norma significa concretizá-la. Concretizar é produzir uma norma particular conforme as demandas específicas trazidas à apreciação de um intérprete competente no contexto de um caso concreto. Concretizar é então transpor o fosso da abstração rumo ao solo efetivo das normas mais particulares operantes no mundo social. É justamente o que faz o legislador dentro do âmbito discricionário deixado pela moldura constitucional ou ainda o que faz a jurisdição dentro do âmbito discricionário da legislação e também da própria Constituição.⁴⁰

Esses espaços deixados ao intérprete/sujeito possibilitam a resolução de determinadas demandas trazidas ao seu conhecimento. Assim o intérprete, a partir da sua pré-compreensão jurídica e subjetiva, analisa a norma e o caso, para que haja a comensuração mútua e a sua concretização. Para que isso efetivamente ocorra, principalmente do ponto de vista jurídico ou de uma hermenêutica jurídica crítica, é necessário, a partir das contribuições de Gadamer, romper com as formas mais arcaicas de interpretação baseadas em um saber reprodutivo acerca do Direito. Nesse sentido, segundo Streck, “o direito positivo sofre duras críticas do mestre alemão [...] visto que [...] a distância entre a generalidade da lei e a situação

40 ARRUDA JR., Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcos Fabiano. Op. cit., p. 255.

jurídica concreta que projeta cada caso particular é essencialmente insuperável”.⁴¹

As palavras anteriores demonstram que a concepção de Gadamer é uma tentativa de que se abandone a ideia de que se deve buscar na lei o sentido dado pelo legislador, como quer também o paradigma epistemológico tradicional – objetivo prisioneiro de reprodução do conhecimento a partir da relação sujeito/objeto. Para este autor, a interpretação jurídica é uma tarefa criativa, tendo em vista a enorme distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta. Na verdade, diferentemente da hermenêutica de cunho tradicional, a nova hermenêutica ou o novo paradigma hermenêutico desconsidera a objetividade ou a reprodução de um sentido, criando condições de produção de sentido por parte do sujeito/intérprete como Ser-no(do)-mundo.

3 A epistemologia à hermenêutica criativa: as contribuições de Richard Rorty

O filósofo americano Richard Rorty, discípulo de Dewey e defensor de uma perspectiva neopragmática, é um dos teóricos da pós-modernidade, ao lado de Jürgen Habermas e François Lyotard. Sua construção teórica tem como base a rejeição aos fundamentos éticos e metafísicos da modernidade Iluminista.

A tese central deste autor é a de que precisamos romper com a ideia de que a mente se caracteriza por espelhar a natureza e garantir, assim, a possibilidade do conhecimento e da representação correta da realidade. Para Rorty, isso é (foi) possível por meio da epis-

41 STRECK, Lenio L. *Hermenêutica...* Op. cit., p. 186.

temologia e das contribuições teóricas de Descartes, Locke, Hume e Kant, mas precisam ser repensadas, eis que significavam a fundamentação e a legitimação do conhecimento e das teorias científicas.⁴²

O repensar de tais teorias, ou mesmo a tentativa de superá-las, teve origem com o desenvolvimento das ciências humanas e sociais a partir do século XIX, como a Psicologia, História, Antropologia, que teriam levado a concepção tradicional a um impasse, a um esgotamento, ou mesmo a uma tentativa de superação. É nessa linha de argumentação que apareceria a hermenêutica, ou seja, o seu papel seria o de preencher o campo deixado pela epistemologia tradicional, possibilitando, assim, o abandono de qualquer restrição ao texto. Isso quer significar que a epistemologia trabalha a partir de um enfoque discursivo comensurável, ou seja, um discurso que pode ser medido, controlado. Essa comensurabilidade do discurso é que pretende ser derrubada pela hermenêutica, pois esta não trabalha com tal suposição, mas luta contra ela.⁴³

Foi na tentativa de abrir novos caminhos, subverter a concepção tradicional e abandonar a centralidade da epistemologia que Richard Rorty, a partir das contribuições de teóricos como Dewey, Heidegger e Wittgenstein, buscou formas de reflexão capazes de dar conta das mudanças na sociedade, na ciência e na cultura características de uma época.

Rorty enfoca a epistemologia como um desejo por uma teoria do conhecimento, um desejo de restrição – “um desejo de encontrar ‘fundamentos’ aos quais poder-se-ia aderir, estruturas para além das quais não se deve aventurar, objetos que se impõem a si mesmos, representações que não podem ser contestadas”.

42 RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Trad. Antonio Trânsito. Rio de Janeiro, 1994, p. 310.

43 Id.

É justamente essa concepção de não possibilidade de contestação das representações que leva Rorty a questionar a epistemologia fundamental (tradicional), ou seja, é a partir da discussão no campo da hermenêutica filosófica que observamos um certo rompimento da ideia de percepção (centrada no paradigma epistemológico da filosofia da consciência) à compreensão.

De acordo com Rorty,

sente-se com frequência, entretanto, que a extinção da epistemologia fundamental deixou um vácuo que deve ser preenchido [...]. [...] Não estou colocando a hermenêutica como um “objeto sucessor” da epistemologia, como uma atividade que preenche a vaga cultural outrora preenchida pela filosofia epistemologicamente centrada. Na interpretação que estarei oferecendo, “hermenêutica” não é o nome da disciplina, nem do método para alcançar o tipo de resultados que a epistemologia não conseguiu alcançar, nem de um programa de pesquisa. Pelo contrário, hermenêutica é uma expressão de esperança em que o espaço cultural deixado pela extinção da epistemologia não seja preenchido – de que a nossa cultura se tornasse tal que a exigência de restrição e confrontação não seja mais sentida.⁴⁴

A epistemologia prossegue na suposição de que todas as contribuições a um dado discurso podem ser medidas, controladas.⁴⁵ Para Rorty, a hermenêutica é em grande parte uma luta contra essa suposição.

Como se pode exercer controle sobre as contribuições dadas a um discurso, se bem sabemos que, no caso do Direito, as palavras da lei

44 Ibid., p. 312.

45 As palavras “medido” e “controlado” foram usadas para substituir a palavra “comensurável”, que significa para o autor capaz de ser colocado sob um conjunto de regras que nos diga como pode ser alcançada uma concordância racional, a partir da qual se decidiria a questão sobre todo ponto em que as colocações parecem conflitar. Essas regras nos revelam como construir uma situação ideal, na qual todas as discordâncias residuais serão vistas como “não-cognitivas” ou meramente verbais, ou ainda pura e simplesmente temporárias – capazes de serem resolvidas fazendo-se mais alguma coisa. O que importa é o que deveria ser feito se uma resolução tivesse que ser alcançada (RORTY, 1995, p. 312).

são vagas, ambíguas, permitem uma multiplicidade de interpretações? Além de que, o objeto dado, quando interpretado, já é anteriormente definido a partir da ideia de pré-compreensão que todo sujeito (intérprete) possui a respeito das coisas (norma, termos, palavras, discursos).

A “noção dominante da epistemologia é que para sermos racionais, para sermos plenamente humanos, para fazer o que deveríamos, precisamos ser capazes de encontrar a concordância com outros seres humanos. Construir uma Epistemologia é encontrar a quantidade máxima de terreno comum com os outros”.⁴⁶ “Sugerir que não há tal terreno comum parece colocar em perigo a racionalidade.”⁴⁷ Esse terreno comum, essa concordância, entretanto, tem sido possível porque bem sabemos que o campo do Direito exige precisão, rigor científico, mas também uma abertura para o histórico, o social e o humano. Isso é possível por meio do paradigma hermenêutico, ou seja, da ideia de linguagem, ou mais especificamente da significação da linguagem, que é aberta, e esta permite também a interpretação/compreensão de todo conteúdo possível e universal.

Pode-se dizer, nesse sentido, que “os pensadores herméticos são desencantados de suas práticas fechadas em si mesmas”.⁴⁸ Esse desencantamento com as práticas fechadas em si mesmo nos possibilitam tomar a linguagem como experiência e negar a sua concepção de objetividade de sentido de referência única e fixa. Para Gadamer, “o decisivo na linguagem é sua íntima relação com a reflexão enquanto fenômeno global e complexo da experiência histórica”.⁴⁹

Tal reflexão nos faz pensar que “Gadamer toma a linguagem não como mera capacidade ou apetrecho humano, mas como repre-

46 RORTY, Richard. Op. cit., p. 312.

47 Ibid., p. 313.

48 Id.

49 GADAMER apud LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Op. cit., p. 180.

sentação que o ser humano possui do mundo. A existencialidade é constituída através da linguagem, não sendo, portanto, autônoma”.⁵⁰ Para Gadamer, “não somente o mundo é mundo, apenas na medida em que vem à linguagem – a linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo”.⁵¹ Nesse sentido, para Lixa, “ter mundo é ter linguagem, característica própria do homem, já que, através dela, compreende o passado, presente e futuro”.⁵²

A linguagem permite, desta forma, a realização da experiência humana e o rompimento com a reprodução do sentido, possibilitando assim a chamada compreensão das coisas. É a partir de uma perspectiva hermenêutica, portanto, que se dará o que podemos chamar de fusão de horizontes, “a linguagem é o ‘chão’ comum onde a tradição se oculta e se transmite. A linguagem é algo que se difunde no modo de estar-no-mundo do homem histórico”.⁵³

Sobre a importância da linguagem no processo de construção do conhecimento, explica Gadamer que

a linguagem, na qual o ouvir participa, não é somente universal no sentido de que nela pode vir à fala. O sentido da experiência hermenêutica reside, antes, no fato de que, face a todas as formas de experiência no mundo, a linguagem põe a descoberto uma dimensão completamente nova, uma dimensão de profundidade, a partir da qual a tradição alcança os que vivem no presente. Tal é a verdadeira essência do ouvir, já desde tempos remotos, e inclusive antes da escrita. O ouvinte está capacitado a ouvir a lenda, o mito, a verdade dos antepassados. A transmissão literária da tradição, como a que conhecemos, não significa, face a isso, nada de novo, apenas altera a forma e dificulta a tarefa do verdadeiro ouvir.⁵⁴

50 Id.

51 GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Trad. Arturo Parada. Madrid: Cátedra, 1998, p. 643.

52 LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Op. cit., p. 180.

53 Ibid., p.182.

54 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 670.

Esse trecho de Gadamer demonstra a importância da linguagem para a configuração do paradigma hermenêutico crítico, ou seja, é necessário buscar novas dimensões para a solução de certas complexidades/realidades. A linguagem permite isso, e a hermenêutica pelo processo compreensão/interpretação/aplicação pelo sujeito, torna possível a concretização dessas realidades. A experiência hermenêutica, pertencimento interrogativo da tradição, é, portanto, um desafio à ideia tradicional metódica da ciência, pois a linguagem não é um mero fato gramatical, mas um fenômeno que traz à tona o que é tido e transmitido pela tradição, simultaneamente uma apropriação e interpretação.⁵⁵ Para Lixa, “[...] o sujeito participa ‘com’ e ‘na’ linguagem no processo compreensivo, porque a linguagem, de um lado modela, ordena e confere sentido ao mundo, e de outro, esconde a tradição”.⁵⁶ Nessa linha, pode-se dizer que a nova hermenêutica ou a hermenêutica crítica trabalha com a incomensurabilidade do discurso, não no sentido de incontabilidade, descontrolo, mas com a permissão de busca de sentidos não objetivados ou racionalmente assentes sobre opiniões pré-estabelecidas, que são constantemente compreendidas pelo sujeito. Daí, a necessidade de “romper” com a epistemologia tradicional em prol da hermenêutica.

Assim, para Rorty,

a epistemologia vê a esperança de concordância como um sinal da existência de um terreno comum que, talvez desconhecido para os interlocutores, os une numa racionalidade comum. Para a hermenêutica, ser racional é estar disposto a abster-se da Epistemologia – de pensar que há um conjunto especial de termos nos quais todas as contribuições à conversação deveriam ser colocadas – e estar disposto antes a assimilar o

55 LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Op. cit., p.182.

56 Id.

jargão do interlocutor que traduzi-lo para o seu próprio. Para a epistemologia, ser racional é encontrar o conjunto apropriado de termos para os quais todas as contribuições deveriam ser traduzidas, se for necessário que a concordância se torne possível. Para a epistemologia, a conversação é inquirição implícita. Para a hermenêutica, a inquirição é conversação rotineira.⁵⁷

A epistemologia encara os participantes como unidos no que se pode chamar de *universitas* – um grupo unido por interesses mútuos para alcançar um fim comum. A hermenêutica os encara como unidos no que se pode chamar de *societas* – pessoas cujos caminhos através da vida se reuniram, unidas antes pela civilidade que por uma meta comum, e muito menos por um terreno comum.⁵⁸

Isso significa primeiro que a ideia de universalidade aqui quer dizer a noção de um conhecimento com representação precisa, básica, privilegiada; segundo, *societas* refere-se à compreensão constante de algo, para que a noção de conhecimento seja construída racionalmente, mas não significa a representação precisa de algo, embora possa partir de um ponto de referência universal.

A sistematização/organização da ideia de argumentação que constitui o paradigma hermenêutico diz que nunca estaremos aptos a evitar o “círculo hermenêutico”, significando que a compreensão é uma operação essencialmente referencial: compreendemos algo quando o comparamos com algo que já conhecemos. Aquilo que compreendemos agrupa-se em unidades sistemáticas, ou círculos compostos de partes. O círculo, como um todo, define a parte individual, e as partes em conjunto formam o círculo. Por uma interação dialética entre o todo e a parte, cada um dá sentido ao outro; a

57 RORTY, Richard. Op. cit., p. 314.

58 Id.

compreensão é, portanto, circular. E porque o sentido aparece dentro deste círculo é que o chamamos de círculo hermenêutico. Para Rorty, “fato de que não conseguimos compreender as partes de uma cultura, prática, teoria, linguagem, ou seja o que for, estranhos, a não ser que saibamos algo sobre como a coisa inteira funciona até que tenhamos alguma compreensão de suas partes”.⁵⁹

Essa noção de interpretação significa, para Rorty, “que vir a compreender é mais como familiarizar-se com uma pessoa do que acompanhar uma demonstração”.⁶⁰ Ou seja, “[...] a Epistemologia toma conta da parte séria e ‘cognitiva’ (a parte na qual cumprimos nossas obrigações para com a racionalidade) e a hermenêutica é encarregada de tudo o mais.”⁶¹

A epistemologia parte de uma cognição genuína, de modo que o que é “apenas uma questão de gosto”, ou de opinião, não precisa cair sob os cuidados da epistemologia e, inversamente, o que esta não consegue tornar comensurável é estigmatizado como meramente subjetivo. Essa ideia do meramente subjetivo ou de “tudo o mais”, expressão atribuída à hermenêutica, significa a introdução de um novo paradigma de explicação e, portanto, de um novo conjunto de problemas.

De acordo com Rorty,

a abordagem pragmática ao conhecimento, sugerida pelo behaviorismo epistemológico, irá construir a linha entre os discursos que podem ser tornados comensuráveis e aqueles que não podem, como simplesmente aquela entre discurso “normal” e “anormal” – uma distinção que generaliza a distinção de Kuhn entre ciência “normal” e “revolucionária”. A ciência

59 Ibid., p. 315.

60 Id.

61 Id.

normal é a prática de resolver problemas em contrapartida ao fundo de um consenso sobre o que conta como uma boa explicação dos fenômenos e sobre o que seria necessário para que um problema fosse resolvido. A ciência “revolucionária” é a introdução de um novo “paradigma” de explicação e, portanto, de um novo conjunto de problemas. A ciência normal está tão próxima da vida real quando se trata da noção do epistemólogo do que é ser racional. Todos concordam sobre como avaliar tudo o que todos os demais dizem. Mas geralmente, o discurso normal é aquele que é conduzido dentro de um conjunto combinado de convenções sobre o que conta como uma contribuição relevante, o que conta como responder a uma pergunta, o que conta como ter um bom argumento para aquela resposta ou uma boa crítica da mesma. O discurso anormal é o que acontece quando se junta ao discurso alguém que seja ignorante a respeito dessas convenções ou as coloque de lado.⁶²

Observa-se, portanto, que o discurso normal aqui quer significar que há concordância com o que foi estabelecido, que algo que foi dito é verdadeiro e todos o consideram correto, racional. Já o discurso anormal é visto como “bobagem” por alguns ou até mesmo como uma “revolução intelectual” para outros; não há algo dito anteriormente a respeito de alguma coisa, não há uma disciplina dedicada a explicá-la, é simplesmente a criatividade interpretativa do sujeito pensante que procura encontrar respostas para determinadas realidades que ultrapassam o mero discurso formal. Segundo Rorty, não podemos tolher a criatividade, pois é ela que dá vida, que nos faz respirar aliviados por podermos encontrar respostas para os problemas do cotidiano. O que deseja é “desconstruir” a ideia de uma ciência pura, isenta de influências extranormativas ou neutras, e, por meio de uma nova configuração – hermenêutica –, “carnavalizar” (como

62 Ibid., p. 316.

nos dizia Warat) o discurso tradicional, buscando, a partir de então, soluções concretas para a construção de um novo senso comum de emancipação social.

Nesse sentido, assevera Rorty:

[...] a hermenêutica é o estudo de um discurso anormal desde o ponto de vista de algum discurso normal – a tentativa de tirar algum sentido do que está ocorrendo num estágio em que ainda estamos por demais inseguros a respeito para descrevê-lo, e assim começar um relato epistemológico sobre o mesmo. O fato de que a hermenêutica inevitavelmente assume como garantia alguma norma torna-a, daí por diante, “whiggish”. Porém, enquanto avança não redutivamente e na esperança de captar um novo ângulo das coisas, pode transcender sua própria whiggishness.⁶³

O exposto demonstra que entre os respectivos domínios da epistemologia e da hermenêutica não reside especificamente a diferença entre as “ciências da natureza” e as “ciências do homem”, nem entre fato e valor, o teórico e o prático, nem entre “conhecimento objetivo” e algo mais escorregadio e mais dúbio. A diferença consiste em que, de um lado, quando trabalhamos com um discurso tido como normal, seremos epistemológicos, quando compreendemos perfeitamente bem o que está acontecendo, mas queremos codificá-lo de modo a estendê-lo, ou fortalecê-lo, ou ensiná-lo, ou embasá-lo. De outro, precisamos “ser hermenêuticos onde não compreendemos o que está acontecendo, mas somos honestos o suficiente para admiti-lo em vez de sermos ruidosamente *whiggish* a respeito e, nesse sentido, estamos trabalhando com um discurso tido como anormal”.⁶⁴

63 Id.

64 Ibid., p. 317.

A utilização da hermenêutica como um discurso anormal decorre da necessidade que temos da adaptação do chamado discurso normal a determinadas realidades, ou seja, há momentos/realidades em que talvez o chamado discurso normal/real da ciência dê e encontre respostas comensuráveis, mas se pensarmos em termos jurídicos, poucos são os discursos que não necessitam passar pelo processo de reconstrução conceitual em face das efetivas mudanças sociais e conjunturais vividas pela sociedade. Para o autor, “apenas podemos conseguir a comensuração epistemológica onde já tivermos práticas acordadas de inquirição (ou, mais geralmente, de discurso)”.⁶⁵

Sabe-se, no entanto, que as investigações nos mais diversos ramos jurídicos, têm um caráter científico, sem se preocupar muito com as justificações requeridas pelo ponto de vista proposto ou suposto. Isso significa que há uma tendência muito forte de manutenção do chamado discurso normal.

Há, porém, muitas discussões e debates sobre a possibilidade de redefinição de tal discurso, bem como da rediscussão da epistemologia tradicional. O debate sobre a epistemologia enquanto oposta à hermenêutica, todavia, ganhou uma nova concretude com o resultado do trabalho de T. S. Kuhn. Sua obra *A estrutura das revoluções científicas* ficou devendo algo às críticas de Wittgenstein à epistemologia padrão, mas levou essas críticas a se apoiarem na opinião recebida de uma maneira nova. Desde o Iluminismo, e em particular desde Kant, as ciências físicas vinham sendo vistas como um paradigma do conhecimento, ao qual o restante da cultura devia equiparar-se.

65 Id.

A dúvida sobre esse ponto deixou seus leitores duplamente duvidosos sobre a questão se a epistemologia podia, partindo da ciência, abrir seu caminho para fora, na direção do resto da cultura, descobrindo o terreno comum de tanto discurso humano quanto poderia ser considerado “cognitivo” ou “racional”.⁶⁶

Os exemplos propostos por Kuhn de mudança revolucionária na ciência eram, como ele próprio comentou, casos do tipo que a hermenêutica sempre tomou como sua atribuição especial – casos nos quais um cientista disse coisas que soam tão tolas que é difícil acreditar que o compreendemos adequadamente. Nesse sentido, a afirmação de Kuhn de que não existe comensurabilidade entre grupos de cientistas que têm paradigmas diferentes de uma explicação bem-sucedida, ou que não partilham da mesma matriz disciplinar, ou ambas as coisas, parecia a muitos desses filósofos pôr a perigo a noção de escolha de teorias em ciência. Pois a Filosofia da ciência – o nome que a “epistemologia” adotou quando se escondeu entre os empiristas lógicos – havia visto a si mesma como proporcionando um algoritmo para a escolha de teorias.⁶⁷ Kuhn desejava opor-se à afirmação tradicional de que “o que muda com um paradigma é apenas a interpretação, por parte do cientista, das observações as quais, elas mesmas, estão fixadas de uma vez por todas pela natureza do ambiente e do aparelho perceptivo.”⁶⁸

Essa afirmação, todavia, torna-se inócua se significa meramente que os resultados de um olhar sempre podem ser enunciados em termos aceitáveis para ambos os lados. Kuhn deveria ter-se contenta-

66 Ibid., p. 318.

67 Id.

68 KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p.120.

do em mostrar que a disponibilidade de uma linguagem tão inócua não é de nenhuma ajuda para ocasionar decisões sobre culpas ou inocência em julgamentos por júri sob um algoritmo, e pelas mesmas razões. O problema é que a brecha entre a linguagem neutra e as únicas linguagens úteis para decidir a questão em curso é grande demais para ser transposta por postulados de significado ou quaisquer das outras entidades mitológicas que a epistemologia tradicional empirista invocava.

Para Rorty,

Kuhn deveria simplesmente ter descartado o projeto epistemológico inteiro. Mas em vez disso pediu uma alternativa viável para o paradigma epistemológico tradicional e disse que precisamos aprender a tirar sentido das colocações que ao menos se parecem às obras posteriores (após a revolução) do cientista num mundo diferente.⁶⁹

O papel da nova hermenêutica é o da mediação entre a produção/atribuição/ adjudicação do sentido. Segundo Streck, “a contribuição da hermenêutica é de fundamental importância, a partir da ideia de que a ‘verdade’ no campo jurídico é uma verdade-hermenêutica, é dizer, a experiência da verdade a que se atém a hermenêutica é essencialmente retórica, com profundos coloridos pragmáticos”.⁷⁰ É também nesse sentido que deve ser entendida a tese de Martin Heidegger, ou seja, a de que a ciência não pensa.

Para Vattimo, nessa mesma linha,

a noção de paradigma de Tomás Kuhn é uma concepção hermenêutica, até porque o fato de que se afirme um paradigma não é, ao seu turno, um fato que possa descrever-se segundo

69 RORTY, Richard. Op. cit., p. 320.

70 STRECK, Lenio L. *Hermenêutica...* Op. cit., p. 41.

conceitos científicos demonstráveis. Kuhn deixa substancialmente aberto o problema de como deve conceber-se o evento histórico do câmbio dos paradigmas. Por isso, a hermenêutica pode contribuir de maneira significativa para resolvê-lo e para pensar este problema fora de uma concepção da história como puro jogo de forças ou, por outro lado, como progresso no conhecimento objetivo de uma realidade dada e estável.⁷¹

Do exposto, deduz-se que a construção de um discurso crítico passa pelo rompimento com a possibilidade da existência de conceitos-em-si-mesmos, de normas e conceitos-em-si-mesmos.

Interpretar não conduz ao conhecimento de algo que pertence a um texto intrinsecamente, essencialmente. Qualquer texto é sempre objeto relacional que se constitui no decurso de um jogo hermenêutico, ou seja, de objetivos e propósitos que com ele e através dele se visam. Não há aqui nenhuma autoridade de essência, e também nenhuma prioridade de coerência. Dito de outro modo, tal como a “essência” é sempre relacional, a “coerência” é sempre funcional: o que se diz sobre um texto é inseparável de quem diz, dos propósitos com que faz e do momento em que tal ocorre.⁷²

É possível, a partir daí, observar que as discussões perpassam pela ideia de “ruptura”, passagem do paradigma epistemológico para um paradigma hermenêutico, principalmente com novas concepções que surgem da ideia de conhecimento, pré-compreensão e interpretação, em que se observa claramente o rompimento de um modelo liberal para um modelo social (transformador) de interpretação. Modelo este em que a dicotomia sujeito-objeto estabelecida e defendida pelo paradigma epistemológico da Filosofia da consciência vê-se superada em prol de uma nova relação sujeito-sujeito.

71 VATTIMO, Gianni. Op. cit., p. 100-21.

72 STRECK, Lenio L. *Hermenêutica...* Op. cit., p. 42.

Essa nova relação estabelecida de matriz heideggeriana entende que o sujeito não está isolado do mundo, mas é um ser inserido nele desde sempre, de maneira a interpretar envolto em pré-juízos⁷³ [pré-conceitos] desenvolvidos ao longo de sua vida. Esse compreender do sujeito/intérprete a partir de determinados pré-conceitos permite, segundo Gadamer, que a interpretação tenha um caráter criativo/produtivo e não mais reprodutivo, que buscava o sentido originário da norma ou o sentido do texto ou do objeto dado, como quer a teoria tradicional. Nesse sentido, para Carvalho Netto,

[...] é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto. Para tanto é fundamental que a decisão saiba que a própria composição estrutural do ordenamento jurídico é mais complexa que a de um mero conjunto hierarquizado de regras, em que acreditava o Positivismo Jurídico [...].⁷⁴

Sabe-se, infelizmente, que, na tentativa de chegar à tão almejada segurança jurídica, os operadores continuam adotando uma postura interpretativa tradicional de reprodução do conhecimento.

73 “O intérprete jamais chega ao texto sem um ter-que-ver-prévio com este: se o texto fala de poder, da justiça ou da vida, o leitor/intérprete entenderá o texto em função de suas próprias experiências sobre o poder, a justiça e a vida. Jamais haverá, pois, uma leitura ingênua, porque o intérprete leva consigo uma compreensão prévia daquilo que quer compreender. Entre essa compreensão prévia e o texto se dá, pois, uma relação de circularidade típica, um círculo que pode frustrar a compreensão definitiva, porém que é certamente algo positivo, porque não há forma de entender uma coisa que não seja inserindo-a em uma bagagem de conhecimentos prévios que permitem que essa coisa desdobre todo o sentido que encerra.” (SAAVEDRA apud STRECK, 1999, p. 235.) Ver também: STRECK, Lenio L. *Hermenêutica...* Op. cit., 1999, p. 42.

74 CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, UFMG, v. 3, p. 473-486, 1999, p.442.

Essa postura desenvolve-se no seio do paradigma da Filosofia da consciência, na qual a linguagem ainda é vista como uma terceira coisa, que se interpõe entre sujeito e objeto, e que se encontra instrumentalizada por uma hermenêutica jurídico-normativa, de visível influência bettiana.

É preciso, segundo Streck,

romper com este paradigma antigarantista de dogmática e/ou ultrapassar os obstáculos que impedem o resgate das promessas da modernidade é tarefa que se impõe aos juristas. É dizer, em outras palavras, que há, hoje, “uma valorização das categorias jurídicas [soberania] não só para compreender as atribuições básicas do aparato estatal, como também para apontar no Direito possíveis saídas para superar a crise de legitimidade atinente ao Estado-Providência”. [...] O Direito não pode ser visto como uma mera instrumentalidade [formal]. Direito positivo não deve ser confundido com positivismo jurídico e tampouco podemos colocar como sinônimos a dogmática jurídica e o dogmatismo jurídico.⁷⁵

É necessário romper obstáculos para a concretização da [nova] hermenêutica. É preciso questionar o chamado, o sentido comum teórico dos juristas que predomina no mundo jurídico, bem como o chamado teto hermenêutico que limita o agir dos juristas e a sua atividade criativa, que os impede de alcançar e concretizar o Estado Democrático de Direito.

Para isso, é necessário observar, primeiro, que toda a transição de um paradigma para outro, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência, está longe de ser um processo cumulativo obtido por meio de uma articulação do velho paradigma. Em segundo lugar, que tal transição é, antes, uma reconstrução da área de estudos a partir

75 STRECK. Lenio L. *Hermenêutica...* Op. cit., p. 213.

de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações.⁷⁶ Precisa-se pensar na efetivação de uma hermenêutica jurídica ou mesmo de um Direito preocupado com a solução dos conflitos sociais, e que na atualidade comportam também uma dimensão plúrima que precisa ser adotada pelos operadores jurídicos, fazendo com que estes abandonem a forma tradicional de interpretar, que tem se mostrado ineficaz na solução e resolução dos problemas. Durante o período de transição, haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo novo paradigma. Haverá, igualmente, uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas. Completada a transição, os cientistas terão modificado a sua concepção da área de estudos, de seus métodos e de seus objetivos. Para que efetivamente isso ocorra no âmbito jurídico, é preciso também superar o modelo de ensino com conformação profundamente dogmática e que lança no mercado um contingente de novos bacharéis que, no primeiro impasse hermenêutico, se tornam órfãos, ou seja, abrem mão de suas prerrogativas de interpretar e buscam auxílio nos chamados hermeneutas de plantão, que, em geral, propõem modelos de interpretação conforme as exigências dos grupos hegemônicos.⁷⁷

Romper com a tradição de um tipo de conhecimento fechado em si mesmo, de reprodução do sentido, é a meta do paradigma de cunho hermenêutico criativo, que tem como fio condutor as contribuições do pensamento de Heidegger e Gadamer, no sentido de fazer com que o jurista se sensibilize diante do caso concreto e da norma, e não faça desta algo rígido, inerte, sufocante e alienado

76 KUHN, Thomas. Op. cit., p. 128.

77 STRECK. Lenio L. *Hermenêutica...* Op. cit.

diante das realidades circundantes, pois tal como a opção entre duas instituições em competição, a seleção entre paradigmas em competição demonstra ser uma escolha entre modos incompatíveis de vida comunitária. “Por ter esse caráter, ela não é e não pode ser determinada simplesmente pelos procedimentos de avaliação características da ciência jurídica tradicional, pois esses dependem parcialmente de um paradigma determinado, e esse paradigma, por sua vez, está em questão”.⁷⁸

Por fim, pode-se dizer que, em primeiro lugar, o novo paradigma de cunho hermenêutico criativo/produtivo deve ser capaz de solucionar os problemas reais e necessários, reconhecidos como tais pela comunidade, refletindo de fato o que se quer como mudança, em busca de justiça e da paz social. Em segundo, o novo paradigma deve garantir a preservação da capacidade de resolver problemas, para com isso se manter como força viva de compreensão do fenômeno jurídico, pois a tarefa principal da nova hermenêutica de cunho crítico e produtivo é produzir na complexidade da sociedade um sentido democrático para o Direito.

4 Considerações finais

A discussão no campo da hermenêutica filosófica, principalmente com Gadamer e Heidegger e suas provocações, nos conduziu a repensar este modelo objetivista e idealista e, sobretudo, chamando atenção para o caráter criativo da compreensão do Direito. Observa-se, dessa forma, a necessidade de romper com a chamada hermenêutica jurídica tradicional e sua principal base de sustentação

78 KUHN, Thomas. Op. cit., p. 128.

– a compreensão como um saber técnico-normativo. Assim, estaríamos rompendo também com a ideia de percepção (centrada no paradigma epistemológico da filosofia da consciência) para a sugestão de um novo paradigma que nos leve à compreensão ou mesmo à criação produtiva do Direito. Não queremos, e não foi esse o nosso objetivo, colocar a hermenêutica como um objeto sucessor do grande vácuo que entendemos ter sido deixado pela epistemologia tradicional. Entendemos, todavia, que ela é expressão de esperança na luta contra a suposição adotada pela epistemologia jurídica tradicional, de que todas as contribuições a um dado discurso podem ser medidas, controladas. A hermenêutica é justamente uma luta contra essa suposição.

Certo é que não se pode exercer controle sobre um discurso. Sabe-se que, no caso do Direito, as palavras da lei são vagas, ambíguas e permitem uma multiplicidade de interpretações. Além de que o objeto dado, quando interpretado, já é anteriormente definido a partir da ideia de pré-compreensão que todo sujeito (intérprete) possui a respeito das coisas (normas, termos, palavras, discursos), ou seja, há um campo hermenêutico prévio para além da verdade e do método.

Embora a pré-compreensão do sujeito seja algo fundamental nessa nova concepção, sabe-se igualmente que o campo do Direito exige precisão, rigor científico, mas também uma abertura para o histórico, o social e o humano. Isso é possível por meio do paradigma hermenêutico, ou seja, pela ideia de linguagem, ou mais especificamente da significação da linguagem, que é aberta e permite também a interpretação/compreensão de todo conteúdo possível e universal. Pode-se afirmar, a essa altura, que “os pensadores hermêti-

cos são desencantados de suas práticas fechadas em si mesmas”. A sistematização/organização da ideia de argumentação que constitui o paradigma hermenêutico diz que nunca estaremos aptos a evitar o “círculo hermenêutico”, que significa que a compreensão é uma operação essencialmente referencial. Compreendemos algo quando o comparamos com algo que já conhecemos. Aquilo que compreendemos agrupa-se em unidades sistemáticas, ou círculos compostos de partes. O círculo, como um todo, define a parte individual, e as partes em conjunto formam o círculo. Por uma interação dialética entre o todo e as partes, cada um dá sentido ao outro; a compreensão é, portanto, circular. E, porque o sentido aparece dentro deste círculo, chamamo-lo de círculo hermenêutico. Pode-se, então, concluir que o papel da nova hermenêutica é o da mediação entre a produção/atribuição/adjudicação do sentido.

Assim, é possível observar que as discussões perpassam pela ideia de “ruptura”, passagem do paradigma epistemológico que demonstra exaustão e insuficiência, que não está plenamente esgotado, mas que exhibe suas possibilidades de satisfazer demandas inusitadas, para um paradigma hermenêutico de cunho criativo/produtivo, principalmente com novas concepções que surgem da ideia de conhecimento, pré-compreensão, interpretação e aplicação, em que se observa claramente o rompimento de um modelo liberal para um modelo social (transformador) de interpretação.

Com esse novo paradigma, será possível contribuir de forma mais concreta para o agir emancipatório do pensamento jurídico contemporâneo. No entanto, assumir-se como criador do Direito não é uma tarefa fácil, pois muitas resistências são enfrentadas pelos juristas da transformação, uma vez que tal postura pressupõe criar com-

promissos éticos e políticos frente a uma tradição prática e histórica que insiste em fechar os olhos para o novo. É necessário “um novo senso comum teórico” para desenhar esse novo paradigma.

Tal paradigma não é mera constatação, pois muitos são os autores que caminham para essa perspectiva, demonstrando a insuficiência do paradigma tradicional e das práticas hermenêutico-interpretativas hegemônicas em que o chamado sujeito-epistêmico opta pela neutralidade e reprodução do conhecimento em nome do chamado sujeito-hermenêutico crítico, que ataca, através de um novo paradigma, a assim denominada crise do Direito. Logo, é por meio do caráter fundamental interpretativo da sua experiência de mundo que o sujeito-hermenêutico crítico pergunta pelo texto (jurídico), é como sujeito do mundo que este compreende o sentido e desvela o novo, ou seja, o caráter transformador do Direito e assim desconstrói a chamada tradição jurídica inautêntica, refém do paradigma tradicional metafísico-objetivante da filosofia da consciência. Esse novo sujeito desconstrói, e ao mesmo tempo constrói, aquilo que a práxis jurídica brasileira insiste em não ver, isto é, a realidade refletida concretamente na existência cotidiana.

Referências

ARRUDA JR., Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcos Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica – alternativas para o Direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002.

CAMARGO, Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, UFMG, v. 3, p. 473-486, 1999.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, D. L., 1993.

GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Trad. Arturo Parada. Madrid: Cátedra, 1998.

_____. *L'art de comprendre: herméneutique et tradition philosophique*. Paris: Aubier Montaigne, 1982.

_____. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

_____. *Verdade e método II – complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

GILES, Thomas. *Dicionário de filosofia – termos e filósofos*. São Paulo: EPU, 1993.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Parte I. Petrópolis: Vozes, 1986.

_____. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Parte II. Petrópolis: Vozes, 1988.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma recepção*. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Luiz Costa. *Teoria da Literatura em suas fontes*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1983.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. María Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições Setenta, 1997.

RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Trad. Antonio Trânsito. Rio de Janeiro, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. *Um discurso sobre as ciências*. 11. ed. Porto: Afrontamento, 1999.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCS, 1996.

_____. *Seminário sobre a verdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

STRECK, Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade – niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

WARAT, Luiz Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Gráfica Universitária, 1985.

_____. *Direito e linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. *Introdução geral ao Direito*. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. *Manifesto para uma ecologia do desejo*. São Paulo: Acadêmica, 1990.

_____. *Por quem cantam las sirenas*. Florianópolis: UFSC, 1996.

A LEI ANTICORRUPÇÃO N.º 12.846/2013, UM LONGO CAMINHO PERCORRIDO^{1,2}

ROGÉRIO GESTA LEAL³

FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO⁴

Resumo

Pretende-se neste ensaio tratar do tema que envolve um período histórico em que havia pouca preocupação acadêmica e jurídica sobre a corrupção, situando o debate em torno da criminalidade do

- 1 O presente artigo foi produzido na disciplina “Teoria Procedimental da Gestão Pública Compartida”, junto ao Doutorado em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Unisc, ministrada no segundo semestre de 2015, pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal e pelo Me. Fábio Roque Sbardello, na condição de aluno especial.
- 2 Este artigo deveria ter sido enviado anteriormente à publicação no e-book *Bens jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais*, publicado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em que, por equívoco de encaminhamento, foi erroneamente publicado o artigo “Os efeitos deletérios da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais”, e por tal razão é agora substituído.
- 3 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito. Prof. Titular da Unisc. Professor da Unoesc e da FMP. Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – Enfam. Membro da Rede de Direitos Fundamentais – Redir, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – Enfam, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador do Projeto de Pesquisa Internacional sobre Patologias Corruptivas. E-mail: gestaleal@gmail.com
- 4 Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Mestre em Direito e Doutorando em Direito, Professor Titular da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP, Coordenador do Grupo de Pesquisa “Patologias Corruptivas” da FMP, Diretor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: fabiosbardelotto@gmail.com

“colarinho branco” ou “cifra dourada da criminalidade”, até verificar que o problema das práticas corruptivas despertou interesse internacional e, em nosso país, mais recentemente, é objeto de tratamento preventivo e curativo no âmbito das relações das empresas com o erário, por meio da nova Lei Anticorrupção, n.º 12.846/2013, inaugurando-se um novo período que exigirá muita atenção e efetividade em razão das mazelas que a corrupção proporciona no ambiente social, político e econômico.

Palavras-chave: Corrupção. Direitos Fundamentais. Lei n.º 11.846/2013.

1 Introdução

O fenômeno da corrupção, em virtude dos recentes escândalos que se têm revelado, adquiriu acentuada relevância e preocupação, sendo-lhe conferidos generosos espaços na mídia nacional e mundial.⁵ Paralelamente, também está se prestando a inflexões acadêmicas que, anteriormente, não se viam com a preocupação agora manifesta e sob essa terminologia.

Ocorre que a prática corruptiva é, sim, um fenômeno histórico e multifacetado⁶ que, a despeito de outras mazelas sociais, sempre vitimou a coletividade e privou os cidadãos da tão almejada dignidade

5 Neste sentido, veja-se os escândalos da Operação Lava Jato, Operação Zelotes, escândalo do metrô de São Paulo etc. Matérias sobre os principais casos recentes de corrupção ocorridos no Brasil podem ser vistas em <http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2015/03/os-maiores-escandalos-de-corruptao-do-brasil.html>. Dentre tantos, também em <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/06/05/pelo-menos-11-escandalos-de-corruptao-sacudiram-pais-desde-mensalao-relembre.htm>.

6 Sobre os fundamentos filosóficos e políticos do fenômeno da corrupção, em sua perspectiva clássica e moderna, demonstrando o caráter multissetorial e complexo das práticas corruptivas, ver LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade*: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. p. 14-47.

da pessoa humana. Isso porque vultosos recursos criminosamente desviados do erário, notadamente, fazem falta para a erradicação da pobreza ou ao menos para a elevação dos índices de desenvolvimento humano. Importante se ter em vista as acentuadas desigualdades sociais vividas no Brasil, com multidões passando fome e vivendo ainda em condições de miséria, sem alimento, educação, segurança, saúde e outras necessidades básicas. Em nível mundial não é diferente, verificando-se bolsões de pobreza em muitos países, configurando desigualdades sociais e extrema precariedade nas condições de vida de alguns povos.

Nessa senda, são incontáveis os trabalhos acadêmicos voltados ao tema dos direitos fundamentais⁷, notadamente os direitos sociais e sua absoluta correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal preocupação acentuou-se em nosso país a partir da edição da Carta Constitucional de 1988, que sacramentou a conformação do Estado Democrático de Direito. Essa mesma preocupação não se verificou com o tema da corrupção e suas mazelas. As atenções acadêmicas voltaram-se para a passagem do Estado Social, no qual o Estado assumiu o compromisso de efetivação dos direitos sociais que emergiram ao final do século XIX e início do século XX, para o Estado Democrático de Direito, que representa a possibilidade de concretude daqueles direitos, ainda não implementados. O Estado Democrático de Direito

7 Sobre o tema dos direitos fundamentais sociais, além de muitas outras obras, parece-nos relevante referir FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo, Malheiros, 1998; CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *A universalidade dos direitos humanos, realidade ou projeto?* Porto Alegre: Núria Fabris, 2014; MORAIS, José Luis Bolsan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996; BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*. São Paulo: Malheiros, 1999; LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao Direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito.⁸ A preocupação com o tema da corrupção somente adquiriu a devida relevância acadêmica recentemente, a partir da sequência de escândalos na atualidade revelados, porquanto o fenômeno é, consoante já dito, histórico e de extrema relevância social, política e econômica.

Em período não muito remoto da história brasileira, ao final do século XX e primórdios do atual, no auge do fenômeno do neoliberalismo que impregnou a política, economia e sociedade nacional, já tive oportunidade de manifestar acentuada preocupação com o modelo vigente historicamente no que concerne à proteção de bens jurídicos de relevância individual, sem que houvesse por parte do legislador brasileiro atenções voltadas à proteção dos bens transindividuais, de natureza social, a despeito da colmatação constitucional de cunho social-democrata já instalada. Ainda no ano de 2001, afirmei a necessidade de um novo paradigma no enfrentamento das práticas lesivas ao erário e à sociedade, incluindo a corrupção, para que se pudessem implementar os direitos fundamentais sociais formalmente preconizados na Constituição e proporcionar dignidade aos cidadãos brasileiros. Observe-se o que foi dito alhures:

Sob este prisma, dentre outras sugestões que podem ser colhidas, considero imperativo acentuar reprimenda relativamente aos crimes de sonegação fiscal, eliminando o privilégio conferido pelo artigo 34 da Lei n.º 9.249/95, abrindo-se perspectiva para acréscimo da pena privativa da liberdade e pecuniária a eles previstas, na medida em que se constituem em condutas que, inegavelmente, impedem a efetivação dos valores, princí-

8 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 37.

pios e direitos constitucionais. Sugere-se, como medida urgente, a criminalização de todas as condutas hoje tipificadas como meros atos de improbidade administrativa, por meio da Lei nº 8.429/92. Da mesma forma, acentuar reprimenda para os delitos perpetrados por administradores públicos (funcionários públicos em sentido amplo), com a criação de legislação penal própria e única para essas atividades, preferencialmente inserindo-a no Código Penal, o que pressupõe uma readequação daquelas condutas já abarcadas de forma tênue no ultrapassado Decreto-Lei nº 201/67. Abre-se a possibilidade, com isso, de inserirmos as infrações penais mencionadas, juntamente com os delitos de *lavagem* de dinheiro, crimes contra a ordem econômica, crimes ambientais, delitos eleitorais e crimes praticados em licitações públicas na agenda dos delitos hediondos, na medida em que todos eles são resultado de uma delinquência graduada, ofensiva dos direitos sociais e impeditivas da efetivação dos objetivos da República. Proporcionando injustiça social, acentuam a pobreza, a falta de saúde e educação para o povo, em suma, corroem as estruturas políticas e sociais de nosso país. Esta faixa da delinquência, que substancialmente compõe a faixa *oculta ou dourada* da criminalidade, é corrosiva da dignidade humana e impeditiva do respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Seus agentes, sem escrúpulos, transferem aos cidadãos os efeitos maléficos que se fazem sentir em uma sociedade empobrecida, carente da efetivação de direitos sociais e fundamentais, previstos à sociedade na Constituição Democrática, absorvendo ao máximo os benefícios ilimitados da quase impunidade que graça em detrimento de um sistema repressivo e sem benesses para a criminalidade clássica, aquela que historicamente foi eleita como ofensiva aos direitos individuais, notadamente patrimoniais que pertencem, comumente, à própria camada impune.⁹

Veja-se que, a despeito da preocupação manifestada há mais de uma década, o que se verificou em nosso país foi o incremento

9 SBARDELLOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re) legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 214-215.

nos índices de corrupção, de desvios dos cofres públicos de vultosas quantias, e a potencialização das práticas comerciais lesivas à sociedade brasileira. Em contrapartida, nenhuma política pública de efetivo combate a essa mazela, que tanto aflige a população de nosso país, ainda carente no que se refere à implementação dos valores constitucionais de natureza social, foi adotada e concretizada.

Recentemente, por consequência dos escândalos envolvendo muitas empresas e empresários em sua relação com o governo federal, que caracterizou a denominada Operação Lava Jato, pode-se verificar a sugestão pelo Ministério Público Federal de dez medidas destinadas ao enfrentamento do tema da corrupção e dos desvios de recursos dos cofres públicos.¹⁰ A sugestão de número três (3) apenas coincide com o que já dizíamos há mais de dez anos, nos seguintes termos:

3) Aumento das penas e crime hediondo para corrupção de altos valores. É extremamente difícil descobrir o crime de corrupção e, quando isso ocorre, é mais difícil ainda prová-lo. Mesmo quando há provas, pode não se conseguir uma condenação em virtude de questões processuais como nulidades. Ainda que se descubra, prove e alcance uma condenação, a chance de prescrição é real, o que pode ensejar absoluta impunidade. Por fim, quando a pena é aplicada, ela é normalmente inferior a quatro anos e é perdoadada, por decreto anual de indulto, depois do cumprimento de apenas um quarto dela. A corrupção é hoje, portanto, um crime de alto benefício e baixo risco, o que pode incentivar sua prática. A medida 3 transforma a corrupção em um crime de alto risco no tocante à quantidade da punição, aumentando também a probabilidade de aplicação da pena por diminuir a chance de prescrição. Com as altera-

¹⁰ Consultar: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *As dez medidas contra a corrupção*: proposta do Ministério Público Federal para o combate a corrupção e à impunidade. Disponível em: <<http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/resumo-medidas-frente-verso.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

ções, as penas, que hoje são de 2 a 12 anos, passam a ser de 4 a 12 anos, lembrando que, no Brasil, as penas de réus de colarinho branco ficam próximas ao patamar mínimo. Com isso, a prática do crime passa a implicar, no mínimo, prisão em regime semiaberto. Esse aumento da pena também amplia o prazo prescricional que, quando a pena supera 4 anos, passa a ser de 12 anos. Além disso, a pena é escalonada segundo o valor envolvido na corrupção, podendo variar entre 12 e 25 anos, quando os valores desviados ultrapassam R\$ 8 milhões. Essa pena é ainda inferior àquela do homicídio qualificado, mas é bem maior do que a atual. A corrupção mata, como decorrência do cerceamento de direitos essenciais, como segurança, saúde, educação e saneamento básico. Por isso, a referência punitiva da corrupção de altos valores passa a ser a pena do homicídio. Por fim, a corrupção envolvendo valores superiores a cem salários mínimos passa a ser considerada crime hediondo, não cabendo, dentre outros benefícios, o perdão da pena, integral ou parcial (indulto ou comutação).

Nesse panorama, avissareira a entrada em vigor da Lei n.º 12.846, em 1º de agosto de 2013, à qual se atribuiu a denominação de Lei Anticorrupção, que incorporou ao sistema jurídico brasileiro um conjunto de normas e institutos jurídicos precursores no Brasil, voltados à prevenção e ao combate à corrupção por atos decorrentes das relações mercadológicas com o Estado. A aludida lei visa ao combate à corrupção originada das pessoas jurídicas, explicitando uma necessidade premente em nosso país e, também, traduzindo o anseio dos organismos internacionais que, desde longa data, já manifestavam a necessidade de os Estados estabelecerem normas destinadas ao combate às práticas corruptivas.

Com a entrada em vigor da Lei Anticorrupção, verificou-se o surgimento de um novo paradigma estratégico e cultural para o enfrentamento do tema, com o investimento em práticas cautelares de prevenção em

detrimento do viés sobremaneira punitivo que sempre se verificou em nosso país. Ao mesmo tempo, a novel legislação também representou uma virada absolutamente substantiva no que concerne à política de enfrentamento do problema da corrupção, porquanto centrou suas baterias na responsabilização das pessoas jurídicas em suas relações com o erário, fenômeno praticamente inexistente no Brasil até então.

Portanto, nos limites do presente trabalho, pretende-se enfrentar o tema da corrupção como fenômeno que sempre existiu e se apresentou em suas mais variadas formas, porém tratado de maneira artesanal e sob outras terminologias. O que será objeto de abordagem, então, é um panorama histórico e a maneira como foi tratado o tema até os dias atuais. Uma análise reveladora de uma tendência que até não muito tempo privilegiou o enfrentamento de condutas lesivas a bens jurídicos de natureza individual, não se verificando preocupação estatal com referência à tutela de práticas ilícitas lesivas a bens de natureza transindividual, impeditivos da implementação dos direitos fundamentais sociais preconizados constitucionalmente. Nessa senda, pretende-se demonstrar a recente virada que ocorreu por meio da novel Lei Anticorrupção brasileira. Não menos importante a existência de pressões internacionais, notadamente dos organismos multiestatais, no sentido da premência de serem implantadas medidas eficazes de combate à corrupção. A partir dessas constatações, relevante constatar o surgimento dos institutos da responsabilidade civil e administrativa objetiva da pessoa jurídica, os institutos do acordo de leniência e da *compliance*, sob o viés profilático e proativo, e não sancionatório, refugindo do modelo também tradicional voltado às práticas reparadoras quando o fenômeno da corrupção já ocorreu e produziu seus efeitos.

2 O tratamento histórico-tradicional do fenômeno da corrupção

Historicamente, em nosso país, é possível apontar a existência de uma preocupação acadêmica e normativa voltada a priorizar a responsabilização da pessoa física individualmente quando da prática de ilícitos penais, inclusive no que concerne aos atos corruptivos. Acentua-se, também, tradicionalmente, uma preocupação criminológica acerca do tema sob o viés individualista, sem atentar para os reflexos sociais ou transindividuais do problema.

Verifica-se ser de fácil constatação o fenômeno brasileiro no sentido de centrar esforços na produção legislativa sobre matérias caracterizadoras de condutas de pouca lesividade social ou de ínfima relevância coletiva, relegando a um plano secundário o problema da corrupção. Nucci bem define essa realidade ao afirmar que:

[...] o Parlamento brasileiro liga menos para a corrupção do que para outros ilícitos penais, alguns deles configuradores de condutas absolutamente irrelevantes. Há uma explicação para isso: grande parte da corrupção advém justamente do Congresso Nacional, com suas negociatas escusas pela liberação de verbas e indicação de apaniguados para cargos no Executivo. O delito de epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º, CP) é considerado hediondo (repugnante, cruel, aviltante), conforme prevê o artigo 1º, VII, da Lei 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos), embora nunca se tenha notícia de alguém ter sido processado e punido por tal crime. Mas qual é o obstáculo tão forte a impedir que a corrupção (ativa e passiva) se torne delito hediondo? Corromper, por si só, é depravar; o verbo já indica hediondez. O Parlamento foge dessa questão há décadas.¹¹

11 NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. São Paulo: Forense, 2015. p. 6.

Essa realidade decorre de uma tendência mundial e nacional histórica em preocupar-se mais com postura individual dos cidadãos em suas relações privadas, ou mesmo entre o indivíduo e o Estado. Tal cultura decorre, na modernidade, do surgimento do modelo de Estado liberal, a partir da Revolução Francesa, na qual buscou-se inverter as posições anteriormente vigentes na relação de primazia Estado-indivíduo para uma performance indivíduo-Estado. Passou-se a relegar o Estado ao plano secundário, exercendo mera função de garantidor das liberdades individuais e da propriedade privada.¹² Sob o primado da lei, a atuação estatal era tão somente formal, sem qualquer conteúdo prestacional concreto. Evidente, pois, que por longos anos a preocupação legislativa cingiu-se a tutelar condutas individualistas. Daí poder-se falar em um perfil social e estatal liberal-individualista-normativista. Nesse período até recentemente, o tema das condutas sociais que viessem a caracterizar práticas corruptivas, com lesão ao erário ou mesmo de consequências coletivas, não mereceu preocupação acadêmica ou mesmo legislativa adequada. O tratamento de questões desse jaez era restrito à preocupação com os denominados “crimes do colarinho branco”, “cifra oculta da criminalidade” ou mesmo macrocriminalidade, com performance diga-se “romântica” ou “artesanal”. Não se verificava uma preocupação central, dirigida pelo Estado, no sentido da prevenção e repressão às infrações penais e/ou administrativas de alta lesividade social como fenômeno acentuadamente lesivo e multifacetário, com intensos reflexos sociais, políticos, econômicos e jurídicos.

Nessa senda, a despeito de outras perspectivas possíveis, localiza-se na criminologia uma das primeiras preocupações científicas sobre

12 LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. p. 9

o tema da corrupção oriunda das relações privadas ou estatais, entre pessoas físicas ou jurídicas. Ratifica-se, entretanto, que esse é tão somente um dos marcos referenciais que permitem a análise do problema.

A criminologia elegeu a obra de Cesare Lombroso, *O homem delinquente*, de 1876, como o marco de seu surgimento. Lola Aniyar de Castro assevera que o segundo momento mais importante para a criminologia constitui-se no discurso pronunciado por Sutherland perante a Sociedade Americana de Criminologia, em 1949, no qual definiu o conceito de crime do colarinho branco (*white collar crime*)¹³, que foi mais tarde desenvolvido pelo autor¹⁴ em razão de uma série de violações da Lei Antitruste nos Estados Unidos, por diversas corporações minerais e comerciais privadas, além de corporações de serviço público de energia e luz elétrica daquele país. Sutherland destacou que as companhias produtoras de aparelhos elétricos mais importantes dos Estados Unidos haviam dividido o território em quatro partes, cada uma sob o domínio individual. Com isso, arbitrariamente, sem relação com os custos de produção ou com a oferta e procura, em detrimento dos consumidores, tais companhias fixavam preços exorbitantes, explorando o mercado. Os conchavos entre elas eram realizados em hotéis, clandestinamente, com a utilização de uma espécie

13 Sobre a origem do conceito de colarinho branco, Alberto Zacharias Toron (Crimes de colarinho branco. Os novos perseguidos? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 75, out./dez. 1999) esclarece que: "Antes da contribuição de Sutherland, a sociologia já utilizava a expressão *white collar* (colarinho branco) para designar os trabalhadores não braçais em contraste com as vestimentas *blue collar*, os macacões, dos obreiros". Ressalta que Sutherland, "ao fixar o conceito de crimes do colarinho branco como aqueles cometidos por pessoas de elevada condição socioeconômica, o fez, como expressamente advertiu, por comodidade. Pois, o conceito não pretendia ser definitivo, mas visava a apenas chamar a atenção sobre os delitos que normalmente não adentravam o âmbito da criminologia". Odone Sanguiné assevera que a literatura sociológica empregou a expressão "colarinho branco (*Wright Mills*)" pela primeira vez para descrever a classe média norte-americana, apresentada como formadora da "elite do poder". SANGUINÉ, Odone. Função simbólica da pena. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 18, 1991.

14 SUTHERLAND, Edwin H. *Il crimine dei coletti bianchi*. Milão: Giuffrè, 1987.

de jargão característico, para dissimular o conteúdo dos acordos. “Em vez de falar em suas cartas, de listas de preços ou lista de pessoas que compareciam às reuniões, falavam em lista de cartões de natal. Telefonavam-se geralmente de telefones públicos e, ao se registrarem nos hotéis, não nomeavam as companhias representadas e assim por diante.” Essas características foram utilizadas por Sutherland para definir os delitos do colarinho branco, em um primeiro momento, não apenas como aquelas condutas sancionadas no Código Penal, mas também o que é sancionável pelo Código Penal, isto é, o que causa um dano importante aos interesses da comunidade, ainda que não previsto no aludido Código, bastando que se encontre em leis penais especiais.¹⁵

Efetou, ainda, a classificação de “delinquência dourada nacional” e “delinquência dourada internacional”, “delinquência dourada política e econômica” e “delinquência dourada de ordem financeira e fiscal”. Exemplificativamente, por hipóteses de delinquência do “colarinho branco nacional”, ou “delinquência dourada nacional”, são citados os casos de violações das leis relativas a alimentos e drogas, violação às leis de segurança e saúde pública, violações às leis que estabelecem sistemas de licenças aduaneiras, práticas profissionais desonestas (médicos, farmacêuticos, advogados, por exemplo), falsas publicidades, violações das leis de direito autoral, violação das leis trabalhistas, o mercado negro, o contrabando nas empresas, a evasão de impostos “que talvez seja o delito mais conhecido”, as falências fraudulentas, as infrações de leis especiais feitas para os bancos, o uso abusivo de marcas, as práticas desonestas das grandes companhias de seguros, a publicidade que anuncia preços remarcados que

15 CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia: da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 73.

não estão autenticamente remarcados, pois o objeto oferecido é de qualidade inferior, as fraudes ao controle de divisas, os desfalques, a malversação de fundos públicos, a corrupção de altos funcionários, a poluição ambiental, as práticas trabalhistas injustas, os delitos de guerra, a criminalidade política, o genocídio, as torturas oficiais, a brutalidade policial etc.¹⁶

Para o momento histórico em que concebido, o conceito de crime do colarinho branco e sua identificação como cifra dourada da criminalidade foi um marco avançado no tratamento da questão que, hodiernamente, é identificada pela corrupção, notadamente com a responsabilização da pessoa física individualmente.

No dizer de Lola Aniyar de Castro, o crime do colarinho branco não pode ser explicado por pobreza, nem por má habitação nem por carência de recreação, quer dizer, por falta de condições de utilização do tempo livre por parte das pessoas; nem por falta de educação ou pouca inteligência, nem por instabilidade emocional, todos estes elementos utilizados em criminologia para explicar o delito convencional. Ademais, há dificuldades em sancioná-los e descobri-los, em razão do poderio econômico dos que o cometem. Identifica que um ponto relevante no estudo desses crimes é a sua extrema danosidade social e econômica, que ultrapassa em muito os danos que possam ser ocasionados pelos delitos convencionais. Ademais, os efeitos sobre a opinião pública e a imagem dos criminosos do colarinho branco não são sensíveis, na medida em que as pessoas comuns não captam a essência danosa de atos cometidos em um nível tão elevado, entre pessoas de uma categoria tão alta, nem se dão conta até que ponto o dano econômico afeta-os de forma direta. Já advertia a autora

¹⁶ Ibid., p. 75-77.

que, embora a perda para a sociedade, em um só crime do colarinho branco, possa ser igual à quantidade total de milhares de furtos ou roubos, o delinquente de colarinho branco é uma pessoa não estigmatizada pela coletividade, que não o considera delinquente, não o segrega, não o deprecia nem o desvaloriza. Por sua vez, o próprio delinquente do colarinho branco se considera respeitável, conceito este que é reafirmado pelo público. Depois do delito, o seu *status* continua sendo o mesmo, e tudo isso, evidentemente, unido ao poder que essa pessoa detém por possuir grandes bens de fortuna, representa a mais marcante das disparidades entre os delinquentes do colarinho branco e os delinquentes convencionais.¹⁷

Mais recentemente, passou-se a tratar a delinquência denominada do colarinho branco ou cifra dourada da criminalidade por macrocriminalidade, expressão que adquiriu relevância em diversos textos. Luiz Flávio Gomes, após asseverar que entende por macrodelinquência econômica a que envolve delitos econômicos, financeiros, tributários, ecológicos, fraudulentos etc., que causam graves danos sociais a vítimas difusas, referindo-se a García-Pablos de Molina e Bajo Fenández, apresenta as principais causas da impunidade dessa cifra delinencial:

1) a complexidade do mundo organizacional e operacional de hoje, que está internacionalizado, e que confere, *prima facie*, uma aparência de licitude dos fatos; 2) o deliberado anonimato e distanciamento entre o autor e a vítima, o que se consegue facilmente por meio de uma pessoa jurídica; 3) a reação social débil, é dizer, tais delitos não são ostensivos, como os clássicos (roubo, estupro, homicídio etc.) e, assim, a escassa crime appeal ou visibilidade, bem como a pouca carga de efetividade dificultam sua persecução; 4) a imagem extrema-

17 CASTRO, 1983, p. 78-79.

mente favorável do autor, que geralmente tem prestígio, honorabilidade e influências e, ademais, tem a vantagem de que sua imagem está longe daquela lombrosiana, que é a que o público reconhece facilmente; 5) a organização para cometer a infração não é ostensiva, visível, pelo contrário, geralmente o principal beneficiado não toma parte formalmente da decisão criminosa, que é tomada por outras pessoas de hierarquia inferior na empresa; 6) a particular psicologia da vítima destes graves delitos, geralmente indefesa, temerosa do poder da corporação e totalmente incrédula a respeito da eficácia da Administração da Justiça etc. [...].¹⁸

Ademais, Gomes assevera que, para essa camada de criminosos de alto *status*, existem técnicas de “neutralização e justificação”, configuradas por estratégias desempenhadas por forjadores da opinião pública, destinadas a ocultar, dissimular ou justificar certos comportamentos delitivos de forma sutil e sofisticada, normalmente empreendidas por meio de uma manipulação da imagem ou da linguagem, por intermédio dos poderosos meios de comunicação de massas. Com a finalidade de obter-se a complacência popular, apelam-se:

[...] aos baixos níveis éticos imperantes no mundo dos negócios (moral de fronteira), aos antecedentes biográficos do autor, à mera irregularidade formal. - não criminal da conduta (mala quia prohibita, non prohibita quia mala), às presumíveis consequências catastróficas para a economia (nacional, regional ou local) ou para a própria vítima, derivadas da denúncia e eventual castigo dos fatos (como perda de postos de trabalho, fechamento de empresa etc.), ou à suposta necessidade de assumir riscos empresariais para criar riqueza etc. [...].¹⁹

18 GOMES, Luiz Flávio. Sobre a impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 166, jul./set. 1995.

19 *Ibid.*, p. 167.

Constitui-se, ainda, segundo Luiz Flávio Gomes, forma para assegurar a impunidade da macrocriminalidade o desvio da atenção da opinião pública para a delinquência tradicional, sobremaneira a violenta,

[...] que é a única, dizem, perigosa para a paz, segurança e prosperidade da nação. Forja-se, assim, uma imagem, muitas vezes deformada e interessada, do delito e do delinquente, em cujo retrato robô não encaixa, obviamente, o delinquente de colarinho branco. Por fim, impende destacar a afirmação no sentido de que também contribuí para a impunidade da macrodelinquência o fato de os Códigos Penais, sobretudo os do século passado, estarem inspirados em uma ideologia de proteção dos interesses econômicos da classe dominante, não na proteção dos interesses sociais (ecologia por exemplo), que frequentemente estão em conflito com os interesses do mundo empresarial. Isso explica, em parte, a carga punitiva que recai sobre as classes subalternas, assim como a ineficaz criminalização dos setores com interesses preponderantes, seja em nível de seleção primária (legislativa), seja na secundária (Tribunais, Juízes, Promotores, Polícia etc.).²⁰

Gomes, concluindo, reporta-se a Luigi Ferrajoli, para quem a ineficácia dos poderes públicos na luta contra os delitos de colarinho branco se deve a um fator mais profundo, é dizer, a um forte entrelaçamento entre a política e a criminalidade. Existe uma corrupção sistemática, quase estrutural do sistema político, ele enfatiza. Ademais, alguns setores da delinquência estão muito protegidos e a criminalidade organizada está escassamente perseguida. Não é um problema específico da Itália, ainda que lá tenha forte presença. De outro lado, a Justiça é dura com os pequenos delinquentes porque é mais fácil para a Magistratura proceder contra eles que se situar contra os poderes fortes.²¹

²⁰ Ibid., p. 167.

²¹ Ibid., p. 168.

Já nessa fase histórica da abordagem do tema da identificada macrocriminalidade verificou-se preocupação no sentido de que o fenômeno é lesivo aos objetivos da República, aos valores inerentes ao Estado Democrático de Direito, na medida em que tolhe a possibilidade de implementação dos direitos dos cidadãos de verem uma sociedade mais justa, com a redução da pobreza, das desigualdades sociais, com saúde, educação e cultura, direito ao lazer, enfim, a uma vida digna. Nesse momento, já são verificadas expressões como macrocriminalidade e corrupção com maior ênfase.

Raul Cervini já preconizava ser considerável a confusão que tradicionalmente se verificava sobre alguns conceitos básicos empregados no campo da investigação da macrocriminalidade, atribuindo essa mazela à falta de consideração dos pensadores relativamente à sua real significação, sem valorar a danosidade social implicada em cada caso de impunidade latente ou manifesta. Destacava que somente a partir dos anos 60 a política criminal, redescoberta na Europa, em razão da crise da dogmática e da urgente necessidade de encontrar soluções novas a problemas velhos e, sobremaneira, a problemas novos da sociedade contemporânea, viu-se estimulada a proporcionar um grande movimento internacional de reformas legislativas. Graças a esse impulso reformador, pode-se delinear o sentido e o alcance das diferentes manifestações da criminalidade. Nesse contexto renovador, ainda situado quase que exclusivamente na seara criminal individual, a existência da chamada cifra dourada da criminalidade denuncia disfunções do sistema penal. Uma por encobrir certas formas de delinquência oculta de pouca lesividade social, que inclui um conveniente critério descriminalizador. Outra disfunção situa-se relativamente à criminalidade oculta de grande nocividade social, à qual

nomina de “cifra dourada da criminalidade”, vinculada ao exercício abusivo do poder político, à força econômica e inclui a especialização profissional, cuja manifestação mais relevante é o domínio funcional ou operativo dos meios tecnológicos. Por meio do jogo muitas vezes combinado desses atores de poder, afirma serem filtrados do sistema jurídico fatos gravemente prejudiciais para a comunidade nacional e internacional, que não são responsabilizados. Alega que compõe essa faixa de criminalidade *dourada* comportamentos vinculados ao exercício abusivo do poder político-econômico e ao terrorismo, basicamente consistentes em formas de corrupção e conchavos político-econômicos, a utilização abusiva de privilégios e imunidades, as práticas que afetam a privacidade das pessoas, os concertos empresariais destinados a lesar o erário e a sociedade etc. Ademais, destacam-se a criminalidade ecológica e as formas de delinquência econômica nacional e internacional, bem como novas formas de criminalidade realizadas por meio de instrumentos de alta tecnologia, através de sistemas computadorizados.²²

É nesse contexto histórico e dogmático que se insere o fenômeno das práticas corruptivas como fator de hodierna preocupação mundial. Se até meados do século passado verificava-se atenção acadêmica e até jurídica muito tênue sobre o problema, que era traduzido por expressões como crimes do colarinho branco, cifra dourada da criminalidade ou macrocriminalidade, passou-se a observar no plano dogmático e jurídico acentuada ênfase sob o prisma do combate à corrupção. Suas proporções e lesividade ao patrimônio público, à economia, política e reflexos sociais, bem como sua disseminação em todos os setores e níveis, a despeito da repercussão midiática, motivaram movimentos

22 CERVINI, Raul. Acerca de la cifra negra de la criminalidade oculta. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 36, p. 41-42, 1995.

legislativos nos quais Estados e organismos internacionais²³ procuram dar resposta adequada ao problema. A despeito dos aspectos positivos dessa progressiva amplitude da transparência material e formal (publicidade ampliada, mais leis, tratados, convenções, pactos, sentenças judiciais, pesquisas acadêmicas e procedimentos administrativos que se ocupam do tema) que surge em torno da corrupção, gerando até reflexos sobre a opinião pública de massa, resgatando a capacidade de indignação quanto ao problema, o que se afigura importante, isso tampouco dá conta da complexidade desse fenômeno.²⁴

Leal, sobre o tema, prossegue com absoluta propriedade:

Por outro lado, o debate sobre corrupção tem se centrado nos seus aspectos econômicos e jurídicos no Ocidente, todavia o problema é quando estes âmbitos de enquadramento restringem outras abordagens que dizem com causas e consequências para além deles, deixando de se reconhecer que, em verdade, que a corruption destroys the fundamental values of human dignity and political equality, making it impossible to guarantee the rights to life, personal dignity and equality, and many other rights. É fácil entender que tais restrições de compreensão do fenômeno sob comento também são decorrência do foco e da intensidade das violações econômicas e jurídicas que a ele provoca, pois ocorre mesmo o que Klitgaard chama de capture of the state by elites and private interests. É possível diferenciar entre corrupção provocada para ganhos públicos e ganhos privados? Ou mesmo entre corrupção provocada pelo setor público e pelo setor privado?

Por isso, em especial a partir de movimentos internacionais gestados em organismos multinacionais, governamentais e não governa-

23 Veja-se pesquisa da Transparência Internacional que é reveladora sobre os alarmantes índices de práticas corruptivas em diversos países, incluindo alguns de destaque por seu desenvolvimento econômico e social. <https://www.transparency.org>

24 LEAL, 2013, p. 9.

mentais, verifica-se uma virada hermenêutica no sentido de despertar para o fenômeno da corrupção no setor privado em suas relações mercadológicas e na esfera de suas relações com a Administração Pública como fenômeno de alta lesividade social, política e econômica, conforme já ressaltado, que precisa ser combatido. Perceptível a existência de movimentos transnacionais e internos na direção do estabelecimento de mecanismos normativos e axiológicos destinados ao combate à prática corruptiva, em todos os seus níveis, mas sempre com a preocupação da defesa do erário, que, em última análise, se reflete na implementação dos direitos sociais fundamentais, ainda deficitários na maior parte dos países.

A despeito de sua proliferação em escala mundial, preocupantes também são os efeitos concretos e potenciais decorrentes da prática da corrupção.

3 Efeitos sensíveis proporcionados pelas práticas corruptivas

Ao mesmo tempo que são registradas práticas corruptivas em diversos países, vê-se a existência de multidões vivendo em condições sub-humanas, carentes de alimentação, saúde, educação etc. Exemplo disso são as constantes tentativas de fuga de pessoas de países com altos índices de corrupção e baixíssimas condições de dignidade humana tentando ingressar na Europa para encontrarem condições de sobrevivência.²⁵

Veja-se que, em recente pesquisa do Instituto Datafolha, realizada entre os dias 25 e 26 de novembro de 2015, constatou-se pela primeira vez que a corrupção é o problema que mais preocupa a população

25 Diga-se que essas pessoas não buscam um futuro alvissareiro, com dignidade e direitos, mas tão somente sobrevivência, alimento, pois onde vivem sequer isso lhes é possibilitado.

brasileira. Dos eleitores pesquisados, 34% elegeram esse problema como o mais preocupante do país, enquanto que apenas 16% preocupam-se com a questão da saúde e 10% com o desemprego. Educação e violência têm a preocupação de 8% dos brasileiros, e apenas 5% preocupam-se com a economia.²⁶ Essa pesquisa é realizada desde 1996. De lá até 2006, a maior preocupação era o desemprego. No ano de 2007 o tema da segurança/violência. De 2008 até a recente e última pesquisa, a saúde despontou como prioridade e preocupação dos brasileiros. Na recente pesquisa, entretanto, a corrupção assumiu o *ranking* de preocupação dos cidadãos de nosso país.

Essa constatação é sintomática no sentido de que, efetivamente, as práticas corruptivas têm sensibilizado grande parte dos brasileiros, no mínimo por produzir uma sensação de preocupação ou indignação.

Nesse contexto, os efeitos produzidos pelas práticas corruptivas, consoante dados do Fórum Econômico Mundial, em termos monetários, correspondem a perdas de 2,6 trilhões de dólares por ano em todo o mundo, significando 5% do PIB mundial.²⁷

Outra sequela preocupante que decorre da corrupção é seu efeito extremamente negativo para o exercício dos direitos humanos.²⁸ Essa preocupação adquiriu relevo, sobremaneira, quando da realização da 22ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em Genebra, no ano de 2013. Nela, Navi Pillay advertiu que a corrupção é um enorme obstáculo à realização de todos os direitos humanos – civis,

26 Ver em: MENDONÇA, Ricardo. Pela 1ª vez, corrupção é vista como maior problema do país, diz Datafolha. *Folha de São Paulo*, nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1712475-pela-1-vez-corrupcao-e-vista-como-maior-problema-do-pais.shtml>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

27 YOSHIDA, Ernesto et al. Um mundo mais ético. *Exame CEO*, São Paulo, n. 17, p. 18, abr. 2014.

28 Neste sentido, LEAL, 2013, p. 96-105.

políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como o direito ao desenvolvimento. A corrupção viola os princípios fundamentais de direitos humanos da transparência, responsabilização, não discriminação e participação significativa em todos os aspectos da vida da comunidade. Correspondentemente, esses princípios, quando garantidos e implementados, são o meio mais eficaz para combater a corrupção.²⁹

Os reflexos nocivos das práticas corruptivas atingem sobremaneira os cidadãos mais necessitados, aqueles que não tem acesso aos direitos sociais preconizados na Constituição Federal, faltando-lhes saúde, educação, lazer, alimentação, assistência social, moradia, trabalho etc. Em suma, as minorias étnicas e raciais, os pobres e miseráveis, crianças, portadores de deficiências, idosos, doentes e aqueles que são dotados de baixo nível socioeconômico são os cidadãos que mais sofrem os efeitos nefastos da corrupção.

Sob esse viés, absolutamente nítida a interface decorrente das práticas corruptivas com a falta de implementação de políticas públicas de atendimento a essas pessoas e de prevenção e combate à corrupção. Recursos vultosos que deveriam ser destinados à implementação dessas políticas são desviados pelos tentáculos da corrupção.

Aliás, tais ramificações ainda se refletem na falta de credibilidade nas instituições e poderes do Estado, retirando-lhes credibilidade e legitimidade, o que acarreta, por consequência, instabilidade política e fragilização da democracia, com o surgimento de governantes e grupos políticos oportunistas ou populistas, que prosseguem se mantendo no seio da corrupção e manipulando a população, a pretexto de um sistema de governo formalmente democrático. Em con-

29 Navi Pillay, durante a 22ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, 2013. Pode ser visto: CASSIMIRO, Tatiane. *Os efeitos da corrupção sobre os direitos humanos*. 2015. Disponível em: <<http://relacoesinternacionais.com.br/2015/04/07/os-efeitos-da-corrupcao-sobre-os-direitos-humanos/>>. Acesso em: 10 set. 2015.

sequência da cultura corruptiva ocorre o efeito da depreciação dos organismos estatais, que deixam de cumprir suas funções e, ainda, transmitem aos cidadãos uma mensagem de desesperança e descrédito. Veja-se, nesse sentido, a desconfiança da população com os políticos, os partidos políticos, as autoridades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a Polícia e outras instituições. Fragiliza-se essa confiança, que deveria unir a cidadania às instituições que representam a democracia contemporânea, produzindo déficits democráticos imensuráveis. Além disso, no dizer de Norberto Bobbio, esses déficits democráticos produzidos pela corrupção implicam de igual sorte a violação de valores democráticos fundamentais, dentre os quais o da transparência na gestão da coisa pública, identificando o poder corrupto como possuidor de uma natureza opaca, retraindo-se nas sombras, confundindo e mistificando.³⁰

Não bastasse, os reflexos da corrupção disseminada se fazem sentir no próprio mercado, espaço no qual em grande parte são gestadas as práticas corruptivas. Isso porque a participação no fatiamento dos recursos públicos desviados é privilégio tão somente de determinada parcela de participantes, sendo os demais alijados do processo e, por isso, em desvantagem no desenvolvimento de suas atividades. Ademais, aviltam-se ou supervalorizam-se preços, há o enfraquecimento da concorrência e o direcionamento de ações em determinados setores da economia, em detrimento de outros.

É possível afirmar, em suma e em sentido amplo, que o fenômeno da corrupção representa uma ameaça para o Estado Democrático de Direito e à sociedade democrática, seja porque atinge a representação popular, que subentende a separação dos Poderes, seja porque atinge

30 BOBBIO, Norberto. La democrazia e il potere invisibile. In: _____. *Democrazia e segreto*. Roma: Einaudi, 2000. p. 15.

os direitos fundamentais. Nesse último aspecto, a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, menciona em seu preâmbulo uma relação de causa e efeito entre ignorância, esquecimento e desprezo dos direitos do homem e a corrupção dos governos.³¹

Quanto aos reflexos desse modelo instalado, há uma democracia de certa forma bloqueada, represada, porquanto a persistência desse modelo, no qual os índices de corrupção são alarmantes, é fenômeno que, realmente, fragiliza o exercício da cidadania e a implementação dos valores sociais fundamentais preconizados na Constituição, impedindo a materialização de políticas públicas indispensáveis para o atendimento desses valores.³²

Sob esse prisma, anota-se que o princípio republicano da igualdade é atingido pelos atos corruptivos, porquanto impede os cidadãos de terem acesso às políticas públicas que deveriam ser postas em ação pelo Estado com vistas a assegurar os direitos sociais garantidos na Constituição, resgatando condições de igualdade no aspecto da dignidade da pessoa humana hipossuficiente. Tal resultado produz um déficit de cidadania extremamente relevante, que pode ser debitado à prática corruptiva. Até no setor privado a corrupção fere a igualdade, porquanto se mostra seletiva no que se refere à repartição dos benefícios dela auferidos, excluindo e prejudicando grande parte do espectro de empresas da disputa.

31 DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, de 1789: “Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os atos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.”

32 Neste sentido, ver LEAL, 2013, p. 80-129.

Em virtude do fenômeno transnacional e pulverizado da corrupção, como já dito, verifica-se a preocupação de muitos países e organismos internacionais na sua prevenção e combate. Sem pretender exaurir os paradigmas internacionais, é possível referir algumas fontes primordiais sobre o tema.

4 Mobilização internacional para o tratamento preventivo-curativo da corrupção

Para traduzir a preocupação internacional sobre o problema da corrupção e seus reflexos já destacados, a 6ª Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996, é um dos marcos normativos fundamentais que devem ser observados, constituindo-se em paradigma para o tratamento adequado do tema. Em seu artigo 6º, descreveu como atos de corrupção: a) a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas; b) a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas; c) a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente

benefícios para si mesmo ou para um terceiro; d) o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e e) a participação, como autor, coautor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – Convenção de Mérida, de 2003 – é composta por 71 artigos, divididos em oito capítulos. Os mais importantes estão reunidos em quatro capítulos e tratam dos seguintes temas: prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional. São esses capítulos que requerem adaptações legislativas e/ou ações concomitantes à aplicação da convenção em cada país. Destaca-se que, em seu artigo 5º, parágrafo 1º, dispôs sobre as políticas e práticas de prevenção da corrupção, nos seguintes termos:

Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas.

Também relevante marco normativo internacional é a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, de 23 de maio de 1997. Nela, os signatários reconhecem que a corrupção é um fenômeno difundido nas transações comerciais internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais

e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade. Nessa convenção está prevista a necessidade de medidas efetivas para deter, prevenir e combater a corrupção de funcionários públicos estrangeiros ligados a transações comerciais internacionais, particularmente a imediata criminalização de tais atos de corrupção, de forma efetiva e coordenada.

Além dos organismos internacionais, também é sensível a preocupação de organismos não governamentais com o tema da corrupção. A título de exemplificação, verifica-se que em 1993 foi criada a Transparência Internacional, uma organização não governamental (ONG) que monitora os índices de corrupção no mundo e tem como objetivo máximo implantar campanhas de conscientização em nossa sociedade visando à diminuição dos casos de corrupção. A Transparência Internacional, juntamente com outros organismos, é responsável por divulgar anualmente o *ranking* de corrupção dos países, mostrando a piora ou melhora nas medidas adotadas pelos Estados para a sua eliminação.

No relatório final da Rio+20, ocorrida em junho de 2012, o combate à corrupção é uma das metas globais, já que se trata de uma barreira em vista da sua correlação com o crescente aumento da pobreza e miséria em escala global.

É sintomático o deslocamento teórico e jurídico sobre o tema das práticas lesivas aos interesses públicos e privados, sociais e institucionais, decorrentes daquilo que em sua forma incipiente denominou-se de criminalidade do “colarinho branco”, “cifra dourada da criminalidade” ou macrocriminalidade, em uma perspectiva até “romântica” do tema e problema, para a perspectiva do fenômeno atualmente identificado pela corrupção e seus efeitos ainda mais intensos. Perceptível, em virtude das dimensões e consequências praticamente

imensuráveis das práticas corruptivas no atual estágio das sociedades, tamanha sua lesividade, a existência de uma preocupação acadêmica marcante, que também proporcionou o deslocamento das atenções legislativas em nível mundial e, também, no Brasil.

Dessa forma, verifica-se não somente a preocupação com o tema, mas também a indução ao poder público no sentido de implementar políticas públicas, em todos os níveis, para a prevenção e o combate à corrupção.

Sob essa perspectiva e nesse contexto, culmina-se, no Brasil, com o surgimento da Lei Anticorrupção, n.º 12.846/2013, absolutamente precursora no sentido da prevenção e combate ao fenômeno da corrupção a partir da perspectiva das empresas em sua relação com o poder público.

5 Um novo paradigma a partir da Lei Anticorrupção, N.º 12.846/2013

Por meio dessa novel legislação, percebe-se o deslocamento do centro legislativo e político no sentido de buscar outro modelo de enfrentamento do problema da corrupção, que tanto tem assolado nosso país, *i.e.*, uma virada hermenêutica que busca a prevenção e responsabilização pelas práticas corruptivas no setor privado, algo basicamente precursor na proporção que a referida lei introduziu. Avançou-se com relação à tradicional persecução na órbita da moralidade administrativa³³ ou mesmo criminal por agentes públicos e centra-

33 Sobre as imbricações entre moralidade administrativa e probidade administrativa no contexto da boa administração pública, ver LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

ram-se esforços na criação de políticas públicas de enfrentamento do mal a partir das relações oriundas do mercado. Em outras palavras, significa dizer que a Lei Anticorrupção, n.º 12.846/2013, introduziu no país um modelo no qual se busca, de certa forma, estancar o mal da corrupção em uma de suas vertentes orgânicas, que é o setor privado, notadamente as empresas, quando de suas relações mercadológicas com o poder público.

Nessa senda, inegável que uma das vertentes corruptivas mais acentuadas está na relação entre o poder público e o setor privado de atividades. Mais precisamente, no contexto das relações entre pessoas jurídicas e os entes públicos, donde deriva o maior vulto de recursos neste país. O erário, historicamente, é o maior repositório de recursos em virtude de vivermos em um país de dimensões continentais, com carga tributária elevadíssima e, ao mesmo tempo, muitos contribuintes, o que faz com que a arrecadação de recursos pelo poder público, certamente, supere a produção no setor privado. Tal fenômeno também se acentua em razão de sermos um país que necessita de muitos investimentos em infraestrutura, além de gastos públicos para o atendimento minimamente voltado aos interesses sociais. Assim, concordamos com Carvalhosa no sentido de que existe no Brasil uma promiscuidade delituosa das pessoas jurídicas e dos agentes públicos em todos os níveis. E nesse pernicioso concerto encontram-se a origem e a explicação da péssima gestão pública brasileira, sem que os preciosos recursos públicos existentes se convertam em benesses aos cidadãos.³⁴ O autor chega a afirmar que o domínio político das pessoas jurídicas corruptas no seio da Administração Pública brasileira não se confunde com o mero clientelismo, que é uma modalidade

34 CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 93.

já ultrapassada. Atualmente, nas relações governo-pessoas jurídicas, estas criam uma verdadeira “governança corruptiva”, visando cooptar os poderes públicos de forma hegemônica e permanente.³⁵

Como sói acontecer, por se tratar de legislação incipiente, fundamental que se consolide e tenha efetividade. Para tanto, imprescindível o enfrentamento acadêmico de seus institutos, muitos deles precursores no sistema jurídico nacional, que se apresentam, sem sombra de dúvida, como instrumentos absolutamente relevantes no combate à chaga da corrupção.

Aliás, importante referir que o surgimento da Lei Anticorrupção, com o viés que lhe foi conferido, no sentido do combate ao problema a partir das relações empresariais privadas em nosso país, tardou, porquanto já deveria ter sido implementada em cumprimento de compromissos internacionais assumidos por nosso país. A prevenção e repressão às práticas corruptivas por pessoas jurídicas constitui obrigação dos Estados partes das Convenções Anticorrupção. E o Brasil, aliás, vinha sendo cobrado pela omissão, notadamente pela OCDE.

Nesse sentido, verifica-se que a Convenção da OCDE contra Suborno Transnacional, já citada, indica em seu artigo 2º (Da Responsabilidade de Pessoas Jurídicas) tal necessidade, nos seguintes termos: “Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos”. Já no artigo 3º apresenta as sanções:

Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não crimi-

35 Ibid., p. 96.

nais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras.

A Convenção das Nações Unidas contra a corrupção (Uncac), por sua vez, não tão específica e, portanto, mais abrangente, haja vista a dimensão de seus membros, também reza nesse sentido, com percuência em seu artigo 26 (Responsabilidade das Pessoas Jurídicas):

1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa. 3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos. 4. Cada Estado Parte velará para que se imponham sanções penais ou não penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas.

Como primeiro aspecto a destacar está o fato de que as consequências dos atos ilícitos de natureza criminal das corporações se diferenciam em muito daqueles praticados por pessoas físicas, motivo pelo qual se fazem necessárias medidas distintas para o seu enfrentamento. O viés corporativo, transindividual e até abstrato da atuação da pessoa jurídica não se confunde com a atuação individual de seus membros ou pessoas envolvidas. Veja-se que a pessoa jurídica constitui uma ficção jurídica, que tem em seus processos decisórios e produtivos a fonte de sua atuação. É aquela que, sendo incorpórea, é compreendida por uma entidade coletiva e artificial, organizada e estruturada legalmente. Distingue-se das pessoas físicas que a compõem.

E a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, com *vacatio legis* de 180 dias, também conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira, procurou oferecer o ferramental preventivo-curativo para a prática de atos corruptivos oriundos da pessoa jurídica, considerando as peculiaridades inerentes a essa abstração característica das empresas e a distinção relativamente à pessoa física que porventura tenha executado as condutas lesivas e ilícitas.

Como toda legislação recente, não houve tempo suficiente para que a doutrina e os tribunais assentassem os temas mais relevantes da Lei n.º 12.846/2013 – alguns deles acompanhados de certa controvérsia na interpretação e aplicação das normas de regência. Assim, sem pretender esgotar o assunto, porquanto este texto pretende apresentar uma visão evolutiva do tratamento da questão das práticas corruptivas, entendemos que, por ora, merece especial atenção a disciplina jurídica que a lei adotou para os seguintes assuntos: a responsabilidade objetiva civil e administrativa das pessoas jurídicas e a responsabilidade subjetiva das pessoas físicas, o *compliance* e o acordo de leniência como medidas a serem adotadas pelas empresas a fim de evitar a prática corruptiva e atenuar as sanções eventualmente aplicáveis.

Fundamentalmente, a nova Lei Anticorrupção apresenta três instrumentos absolutamente inovadores e úteis sob a perspectiva da prevenção e combate às práticas corruptivas oriundas das pessoas jurídicas. São os institutos da responsabilidade civil e administrativa objetiva, os procedimentos de *compliance* e os acordos de leniência, ferramentas inovadoras e eficazes para os fins a que se propõem e, sobremaneira, em virtude dos reflexos que tais procedimentos podem representar no combate à corrupção e na efetivação das políticas pú-

blicas destinadas à implantação dos direitos sociais fundamentais, tão necessários em favor dos cidadãos brasileiros.

Se a responsabilidade civil e administrativa objetiva da pessoa jurídica por atos corruptivos perpetrados é um fenômeno absolutamente inovador, de caráter sancionatório, os procedimentos de *compliance* funcionam sob a ótica preventiva. De acordo com Saavedra, no Brasil, *compliance* tem sido compreendido, de um lado, apenas como parte da implementação das “boas práticas” da *Corporate Governance*. Nesse caso, *compliance* é entendido como um “mandamento ético” que deveria melhorar o relacionamento da empresa com os *stakeholders* e com o mercado.³⁶ Na novel legislação, o instituto da *compliance* veio regrado expressamente no artigo 7º, inciso VIII, quando disciplina que serão levados em consideração na aplicação das sanções: “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. O instituto do acordo de leniência, por sua vez, estabelecido no Capítulo 5, possibilita que, por meio de sua celebração e o cumprimento das condições avençadas, as empresas possam reduzir as multas aplicáveis em até dois terços e ficarem isentas de sanções judiciais e administrativas.

6 Conclusão

Todos esses aspectos, portanto, destacados em primeiras linhas e sem ter a pretensão de exaurir o debate, necessitam de aprofundamento teórico e prático, porquanto compõem um elenco normativo

36 SAAVEDRA, Giovana. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. *Revista de Crítica Jurídica*, v. 6, p. 2, jan./abr. 2011.

extremamente moderno e inovador em nosso país, verificando-se a partir do seu estudo as possibilidades de, por meio de sua interpretação e aplicação, serem implementadas políticas públicas realmente eficazes no trato preventivo e curativo do fenômeno da corrupção oriunda das pessoas jurídicas em sua relação com a Administração Pública.

Consoante ressaltado, a corrupção é um fenômeno que não se limita a determinadas regiões, povos ou atividades, sendo altamente lesivo ao Estado e à sociedade em todos os seus fundamentos. Por isso, a existência de políticas públicas preventivas, acima de tudo, é um dos caminhos a serem trilhados para se mitigar a sua prática e seus efeitos, sem prescindir, evidentemente, de ações corretivas, uma vez que já ocorreram práticas corruptivas. Evidentemente que práticas pedagógico-preventivas adquirem primazia, consoante reafirma Grizzo Neto, ao asseverar que:

A corrupção é um fenômeno que atinge, sem distinção, praticamente todos os países do mundo, sendo uma tipologia do comportamento humano ínsito a todas as sociedades politicamente organizadas, flagelando, indistintamente, tanto as instituições de caráter público como as de caráter privado. Nesse ponto, os debates travados para melhor compreensão do fenômeno têm convergido, na grande maioria, para a prevalência da adoção de medidas preventivas em detrimento das medidas repressivas.³⁷

Por isso, inequívoca a necessidade de centrar esforços na utilização de medidas profiláticas, uma vez que o emprego de providências tão somente reativas quando já ocorrida a prática corruptiva torna

37 GRIZZO NETO, Affonso. *Corrupção, estado democrático de direito e educação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 202.

difícil a reparação do dano por ela produzido, além de atestar as fragilidades das instituições públicas e privadas no seu enfrentamento.

Após a superação da fase artesanal no trato de questões de alta lesividade ao erário, à sociedade, às instituições democráticas e ao próprio mercado, vislumbra-se com a Lei n.º 12.846/2013 uma nova perspectiva em nosso país no sentido de, finalmente, termos instrumentos eficazes para a prevenção e o combate das práticas corruptivas em uma de suas origens mais comuns, isto é, a atuação das pessoas jurídicas em sua relação com o Estado.

Muitos desafios, entretanto, ainda se apresentam. Apesar da regulamentação já ter sido realizada, por meio do Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015, acentuadas discussões ainda serão travadas no que se refere à responsabilidade civil e administrativa objetiva da pessoa jurídica, aos procedimentos de *compliance* e ao acordo de leniência.

O caminho para a boa governança³⁸ está lançado, mas dependerá do aprofundamento e da efetividade dos temas emergidos a partir da nova Lei Anticorrupção, que, se espera, tenha estabelecido no Brasil um marco histórico que poderá se constituir em instrumento para a implementação dos direitos sociais e assegurar condições de plena dignidade à pessoa humana.

Evidentemente que uma lei, isoladamente, não terá o condão de modificar absolutamente o panorama de acentuada corrupção existente, uma realidade vivida desde o descobrimento do Brasil e que se cons-

38 Sobre o tema da boa governança, bem como sobre governabilidade e capacidade governativa, ver SANTOS, Maria Helena de Castro. *Governabilidade, governança e capacidade governativa*: algumas notas. Brasília: Mare/Enap, 1996. Também ARAÚJO, Vinícius de Carvalho. *A conceituação de governabilidade e governança, da sua relação entre si e com o conjunto da reforma do estado e do seu aparelho*. Brasília: Enap, 2002.

titui em fenômeno mundial, heterogêneo e sobremaneira complexo. Entretanto, acredita-se que os novos instrumentos disponibilizados pela Lei Anticorrupção podem se constituir, sim, em ferramentas eficazes para o combate a essa mazela que tanto aflige os cidadãos. Acredita-se que a atuação preventiva, estimulada pela novel legislação, a despeito de se constituir em um instrumento jurídico, também possa fomentar uma nova cultura e educação para as novas gerações de empreendedores e gestores públicos. Enfim, eis um bom e grande desafio.

Referências

BOBBIO, Norberto. La democrazia e il potere invisibile. In: _____. *Democrazia e segreto*. Roma: Einaudi, 2000.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia: da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 73.

CERVINI, Raul. Acerca de la cifra negra de la criminalidade oculta. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 36, p. 41-42, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre a impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 166, jul./set. 1995.

GRIZZO NETO, Affonso. *Corrupção, estado democrático de direito e educação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

_____. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

MENDONÇA, Ricardo. Pela 1ª vez, corrupção é vista como maior problema do país, diz Datafolha. *Folha de São Paulo*, nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1712475-pela-1-vez-corrupcao-e-vista-como-maior-problema-do-pais.shtml>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *As dez medidas contra a corrupção*: proposta do Ministério Público Federal para o combate à corrupção e à impunidade. Disponível em: <<http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/resumo-medidas-frente-verso.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. São Paulo: Forense, 2015.

SAAVEDRA, Giovana. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. *Revista de Crítica Jurídica*, v. 6, p. 2, jan./abr. 2011.

SANGUINÉ, Odone. Função simbólica da pena. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 18, 1991.

SBARDELLOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUTHERLAND, Edwin H. *Il crimine dei colletti bianchi*. Milão: Giuffrè, 1987.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco. Os novos perseguidos? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 75, out./dez. 1999.

YOSHIDA, Ernesto et al. Um mundo mais ético. *Exame CEO*, São Paulo, n. 17, p. 10-78, abr. 2014.

The anti-corruption law no. 12.846/2013, a long journey travelled

Abstract: It is intended this article to address the issue involving an historical period in which there was little academic and legal concerns about the issue of corruption, placing the discussion of this issue in a plan without complex and with little intensity. In the early days, what in our times conceived as corruption was dealt with under the crime of designation of “white collar” or “golden figure of crime”. From this historical background, it is set to verify that the problem of corruptive practices sparked interest international and in our country, most recently, is preventive and curative treatment object in the relationship between companies and the govern-

ment, through the new Anti-Corruption Law No. 12,846 / 2013 inaugurated a new phase that will require close attention and effectiveness in view of the evils that corruption provides to society, institutions and the economy. The text highlights the high importance of the issue of corruption and the need for its confrontation.

Keywords: Corruption. Fundamental Rights. Law No. 11,846 / 2013.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A NECESSIDADE DE RESGATAR O CONCEITO DE CAPITAL SOCIAL: análise da *crise* (ou redefinição) da noção de capital social

JOSÉ TADEU NEVES XAVIER

1 Considerações iniciais

O capital social representa uma das figuras de base do Direito Societário, posicionando-se como elemento essencial de praticamente todas as espécies societárias personificadas do direito brasileiro, assumindo diversas funções de notória relevância nas relações internas entre os sócios, entre estes e a sociedade e também servindo como referencial de segurança para os credores sociais. Nesse sentido, o capital social auxilia na definição dos direitos e deveres dos sócios, formata a distribuição do poder na entidade e atua como garantia econômica dos credores e demais parceiros negociais das sociedades.

Diversamente da opção legislativa verificada em outros países¹, o direito brasileiro dispõe expressamente sobre a indicação do capital como elemento essencial dos tipos societários. Tal determinação consta do art. 997 do Codex Civil, com aplicação às sociedades de viés contratual², e do art. 5º da Lei 6.404/76³, que regra as sociedades anônimas e as sociedades em comandita por ações. Esse perfil normativo é excepcionado tão somente em relação às sociedades cooperativas, às quais foi outorgada a possibilidade de serem constituídas e funcionarem sem a existência de capital.⁴ Também a legislação de registro das sociedades empresárias impõe a indicação do capital social como requisito para o arquivamento do ato constitutivo das entidades empresárias no órgão de registro mercantil.⁵

Apesar de todo o destaque que essa figura societária possui, no plano acadêmico, o tema não recebeu a devida atenção da doutrina, o que representa lamentável lacuna no cenário do direito societário nacional, e que acabou por nos estimular a traçar estas breves linhas destinadas a refletir sobre a chamada *crise do capital social*.

-
- 1 É oportuno apontar que o Código Civil lusitano, ao listar os *essentialia negotii* dos contratos de sociedades civis, não contempla a referência ao capital e, no Código das Sociedades Comerciais desse país, é permitida a existência de determinados modelos societários desprendidos da necessidade de capital. No sistema jurídico norte-americano, o *Model Business Corporation Act* também deixou de incluir o capital como elemento essencial nas *corporations*.
 - 2 Código Civil, art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: [...] III – Capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária.
 - 3 Lei n. 6.404/76, art. 5º. O estatuto da companhia fixará o valor do capital social, expresso em moeda nacional.
 - 4 Código Civil, art. 1.094. São características das sociedades cooperativas: I – variabilidade ou dispensa do capital social.
 - 5 Lei n. 8.934/94, art. 35. Não podem ser arquivados: III - os atos constitutivos de empresas mercantis que, além das cláusulas exigidas em lei, não designarem o respectivo capital, bem como a declaração precisa de seu objeto, cuja indicação no nome empresarial é facultativa.

2 Definição de capital social

Apesar da expressiva importância que apresenta para a lógica empresarial, o conceito de capital é relativamente recente, introduzido na vida do direito mercantil no começo do século XIX, de forma correlata à noção de limitação de responsabilidade. A partir de então, o tema passou a integrar definitivamente os diálogos da doutrina empresarial, mas sem receber a devida atenção por parte dos estudiosos, contando com pouco espaço na literatura jurídica, com honrosas exceções.⁶ Porém, da análise daqueles que se aventuram nos debates sobre o tema, ainda não se conseguiu obter uniformidade na sua conceituação. É um campo pantanoso, onde não é seguro fazer afirmações de caráter categórico.

A dificuldade na identificação de uma definição adequada para expressar a essência do capital decorre, certamente, do caráter multifacetário que o delinea, em muito determinado pelas suas diferentes funções, o que não é nota exclusiva da doutrina interna, mas também uma tônica entre os autores de sistemas jurídicos estrangeiros.

Não podemos, porém, seguir nessa empreitada sem antes por às claras a discriminação que se deve ter sobre capital e patrimônio, para fins empresariais, que tanta confusão tem causado no plano doutrinário e jurisprudencial, e que inclusive foi designado por Ernesto Simonetto como *il problema del capitale*.⁷ Como lembra J. M.

6 Paulo de Tarso Domingues, com esteio nas palavras do jurista espanhol Aurélio Menéndez, atribui a escassez de estudos sobre o capital ao senso vulgar de que este não seria um conceito técnico-jurídico, mas sim noção importada da ciência econômica, o que poderia levar à conclusão de que nenhuma utilidade teria, para os juristas, o aprofundamento no seu estudo. Domingues explica: “a ideia arraigada de que se trata de um conceito econômico leva a que os autores se não debrucem sobre a figura, na convicção de que o jurista, para determinar o significado do capital social, não precisa de fazer qualquer esforço, bastando-lhe o recurso às respostas encontradas pelos mais reputados economistas, até porque seriam eles as pessoas mais qualificadas e melhor habilitadas para o efeito”. *Do capital social: noção princípios e funções*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 29.

7 Conetto e composizione del capital sociale. *Rivista de Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, ano LIV, 1956, p. 66.

Coutinho de Abreu, são figuras que muitas vezes jogam em conjunto na organização e funcionamento da sociedade⁸, mas são concepções distintas que devem ser mantidas em separado, para que se possa obter adequada compreensão de suas funções no contexto da dinâmica societária.

O primeiro corresponde ao aporte realizado para a criação da entidade, de regra integralizado na oportunidade da constituição desta, indicado no ato constitutivo, por meio de uma cifra fixa e invariável. O patrimônio, por sua vez, corresponde ao valor econômico que a entidade dispõe para a obtenção de seus objetivos, que irá variar de acordo com o sucesso do empreendimento. Está diretamente relacionado com a situação econômica real da atividade⁹, sendo representativo da realidade econômica tangível e imprescindivelmente, portanto, de caráter dinâmico. Para a exata compreensão da noção de patrimônio, cabe aqui nos valermos dos ensinamentos do jurista lusitano Paulo de Tarso Domingues, que diz:

o patrimônio da sociedade, tal como o patrimônio de qualquer pessoa, pode – do ponto de vista do conteúdo – ser encarado sob três perspectivas: como patrimônio global, enquanto abrange o conjunto de todos os direitos e obrigações suscetíveis de avaliação pecuniária de que a sociedade é titular em determinado momento; como patrimônio ilíquido ou bruto, enquanto engloba os elementos do activo a sociedade (bens e direitos) sem ter em conta o passivo; e finalmente, como patrimônio líquido – e é este o sentido que, as mais das vezes, se quer significar com a expressão “patrimônio social” por ser

8 Curso de Direito Comercial, vol. II, 4. ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 446.

9 Nesse sentido, Alfredo de Assis Gonçalves Neto adverte que o capital não deve ser entendido como o próprio patrimônio, mas, sim, como o valor em dinheiro que corresponde ao patrimônio necessário, ou útil, para o desenvolvimento da atividade que o agente econômico desenvolve, servindo para determinar periodicamente sua situação econômico-financeira (A empresa individual de responsabilidade limitada. *RT*, vol. 915, jan/2012, p. 174).

o que maior interesse prático tem – que consiste no valor do activo depois de descontado o passivo.¹⁰

Em síntese, pode-se afirmar que o capital é representado pela cifra indicada no ato constitutivo, enquanto o patrimônio está relacionado a uma situação concreta, refletindo as reais condições econômicas da entidade. O capital tende à estabilidade, somente sofrendo alterações em situações singulares, motivado por aumentos ou reduções sujeitas a procedimentos especiais. O patrimônio, ao contrário, é volátil, podendo sofrer constantes variações. Mesmo nas hipóteses em que inicialmente o capital e o patrimônio da entidade coincidem – o que representa a regra geral –, a tendência é que estes, com o passar do tempo, venham a se distanciar.¹¹

Sem deixar de reconhecer a importância e a indispensabilidade das diversas funções que o patrimônio exerce na dinâmica das sociedades empresárias¹², tomaremos como objeto da presente inves-

10 DOMINGUES, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 41. Na doutrina jurídica uruguaia, Nuri Rodriguez Olivera sintetiza os principais caracteres que o patrimônio assume na seara empresarial: “*el patrimonio social es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una sociedad. El patrimonio social no tiene características propias. Se rige por iguales principios y normas que los aplicables a las personas físicas. En consecuencia, toda sociedad tiene un patrimonio y sólo uno y responde con todo su patrimonio por las obligaciones que contraiga en su actividad. El patrimonio es esencialmente variable. El patrimonio inicial de la sociedad se forma con el aporte efectuado o prometido por los socios. El patrimonio luego ha de variar según los resultados de la gestión social. El patrimonio se acrecienta si tiene éxito la actividad social; disminuye si tiene malos resultados*”. *Capital y patrimonio*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998, p. 20.

11 Cabe aqui a transcrição da lição oferecida por Jesus Rubio: “*el capital constituye una cifra matemática. No representa bienes o cosas, sino un dado de valor, inmutable, y por ello sólo puede modificarse formalmente, jurídicamente. Su volumen no tiene nada que ver con las oscilaciones prósperas o adversas del negocio. El patrimonio crece o disminuye y el capital permanece invariable*”. *Curso de Derecho de las Sociedades Anónimas*. 2. ed. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1967, p. 51.

12 Nuri Rodriguez Olivera indica as funções instrumental e de responsabilidade, que são atribuídas ao patrimônio no contexto do Direito Societário: “*a. una función instrumental. El patrimonio y los bienes que lo integran sirven para la explotación del giro previsto como objeto de la sociedad. b. Una función de responsabilidad. La sociedad, con su patrimonio, responderá frente a terceros. Con los bienes del patrimonio social, la sociedad debe afrontar el pago a los acreedores sociales. La sociedad en su actuación en el mundo de los negocios va a contraer obligaciones y el respaldo para ella está constituido por el patrimonio social*”. E complementa: “*para determinar la solvencia de una sociedad no se ha de estar a la cifra de capital, que es una cifra meramente ideal, suma de aportes oportunamente recibidos, lo que interesa es el patrimonio con que la sociedad cuenta, formado inicialmente por los aportes pero que se modifica día a día de acuerdo al resultado de la actividad empresarial de la sociedad*”. Op. cit., p. 23.

tigação a análise específica sobre as implicações jurídicas decorrentes do capital social.

O direito positivo brasileiro não nos oferece uma conceituação legal sobre o capital social, restringindo-se a posicioná-lo como um dos elementos que integram o ato constitutivo das sociedades, atribuindo-lhe, portanto, o caráter de valor monetário a ser indicado no documento de constituição das entidades societárias. Em algumas passagens, o legislador nacional também o vincula ao sistema de responsabilidade empresarial, apontando a sua função de instrumento de tutela dos credores.

Nessa linha, de um modo geral, a doutrina costuma ver o capital empresarial como a cifra nominalmente indicada no ato constitutivo, correspondendo aos aportes do instituidor ou sócios (se empresa individual de responsabilidade limitada ou sociedade) aptos ao exercício das funções que o ordenamento jurídico lhe atribui, em especial servir de suporte para o desempenho da atividade e atuar como mecanismo de garantia dos credores.

Para uma abordagem mais satisfatória sobre o tema, parece oportuna a indicação de pelo menos três noções que auxiliam a desvelar matizes presentes na noção de capital empresarial: econômica, contábil ou monetária e jurídica.

a) Noção econômica do capital social

No sentido econômico, o capital empresarial é compreendido como fator de produção, portanto com forte significado prático, mas de pouca transcendência para o diálogo jurídico.¹³ Nesse sentido, Paulo de Tarso Domingues observa que o capital é conceito

¹³ Cf. BOSCO, Lucas Ramírez. *Responsabilidad por infracapitalización societaria*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 31.

com um conteúdo e um significado que, para o Direito, não se identifica totalmente com o da Economia. Desde logo, porque a perspectiva do economista é absolutamente distinta do jurista: aquele analisa o capital social tendo em conta fundamentalmente os problemas atinentes à produtividade e à produção da empresa, enquanto na análise deste relevam, sobretudo, a contribuição e conservação de um fundo de bens que garanta credores.¹⁴

Essa distinção de enfoque entre o olhar econômico e o jurista, entretanto, não implica na ausência de conexão destes, que inevitavelmente, com certa frequência, irão se entrosar com objetivo de maior proveito na compreensão da complexa noção do capital empresarial. A própria exigência e capital mínimo que no ordenamento jurídico nacional se verifica na empresa individual de responsabilidade limitada¹⁵ e em determinadas espécies de atividades empresarias evidenciam essa miscigenação de enfoques econômico e jurídico sobre o capital.

b) Noção contábil ou monetária do capital social

A noção contábil ou monetária de capital logicamente está relacionada à sua inserção dentro das regras de contabilidade, representando o acervo de bens disponíveis para o desempenho da atividade conforme consta do balanço. Tal definição é encontrada na obra de Waldemar Ferreira, ao referir que o capital é representado pelos contingentes trazidos pelos sócios para a formação da *arca communis*, ou seja, “do acervo de bens indispensável ao exercício

14 DOMINGUES, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 29.

15 Sobre a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Eireli), remetemos o leitor aos nossos ensaios *A complexa natureza jurídica da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli* (Revista Síntese de Direito Empresarial, v. 29, nov. 2012, p. 60) e *Reflexões sobre a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli* (Revista de Direito Privado, v. 54, abr. 2013, p. 197).

da atividade mercantil ou industrial da sociedade”¹⁶; e referida por Paulo de Tarso Domingues como “a definição clássica de capital”¹⁷. Na sistemática contábil, o capital é posicionado na conta passivo, do lado direito do balanço, como uma espécie de cifra de retenção, impedindo a distribuição de lucros aos sócios se não houver excedente àquele valor consignado como capital.

c) Noção jurídica de capital social

Sob o prisma do direito, apesar do incansável esforço doutrinário, ainda não se conseguiu extrair uma noção unitária de capital, o que levou o jurista argentino Hernán Verly, seguindo a doutrina predominante sobre o tema, a apontar três possíveis categorias de definições: (a) identificando o capital com os aportes; (b) a concepção abstrata, nominalista ou clássica; e (c) a concepção dualista.¹⁸ A primeira espécie é amplamente encontrada na doutrina mercantil, partindo da correlação necessária e direta entre capital e aporte empresarial. Tal concepção é encontrada nas lições de A. Ferrer Correia, ao se referir ao capital social como “a cifra representativa da soma das entradas dos sócios”¹⁹, e de J. M. Coutinho de Abreu, que o define como “elemento do pacto que se consubstancia numa cifra tendencialmente estável, representativa da soma dos valores nominais das participações sociais que não correspondam a entradas em serviços, necessariamente expressa em moeda”.²⁰ É uma visão simplista, mas de acentuado caráter didático; porém, em cer-

16 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. 3, p. 122.

17 DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 32.

18 VERLY, Hernán. Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad anónima). *La Ley*, 1997-A, p. 760.

19 CORREIA, A. Ferrer. *Lições de Direito Comercial*. Lisboa: Lex, 1994, p. 329.

20 ABREU, J. M. Coutinho de. *Estudo de Direito das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 176.

tas situações, mostra-se inapta a expressar toda a complexidade jurídica do termo, eis que assume enfoque reducionista relacionado tão somente à forma de constituição do capital, desconsiderando as suas diversas funções de primordial relevância que assume no cenário jurídico. Essa concepção também não resiste a uma abordagem mais apurada, pois em certas situações pode vir a mostrar-se falha. Vejamos, nesse sentido, a observação apontada por Lucas Ramírez Bosco, que afirma: “se señalan en este punto las inconsistencias que se presentan frente a la emisión de acciones con prima, el aumento de capital con cargo a reservas o utilidades y la reducción por pérdidas. En estos casos se revela la diferencia entre los conceptos de capital social y aportes de los socios”.²¹

Essa identificação do capital com as entradas realizadas pode se manifestar doutrinariamente na visão do capital como a soma dos bens que constituem os *apports*, ou focando este como a cifra numérica correspondente ao valor em dinheiro das entradas no momento de constituição da entidade. Paulo de Tarso Domingues designa a primeira como *acepção material* e a segunda como *acepção formal*, explicando que aquela põe em relevo a caráter concreto e real do capital constituído pelas contribuições dos sócios ou do instituidor, o que acaba por se mostrar acentuadamente falho, pois confunde o capital inicial com o patrimônio de partida da atividade, motivo pelo

21 BOSCO, Lucas Ramírez. Op. cit., p. 32. Similarmente, porém de modo mais contundente, Ricardo Olivera García aponta: “La vinculación del concepto de capital social con los aportes realizados por los socios resulta incorrecta e inútil. No existe una correspondencia necesaria entre los aportes de los socios y el capital, ni aun en el momento mismo de creación de la sociedad. La circunstancia de que puedan realizarse integraciones de capital sobre la par y bajo la par elimina esta equivalencia. Tampoco existe esta correspondencia durante la vida de la sociedad, ya que los aumentos nominales de capital social – por capitalización de reservas u otros rubros patrimoniales – u las reducciones nominales de capital – por absorción de pérdidas – determinan variaciones nominales de capital – por absorción de pérdidas – determinan variaciones en el monto del capital, absolutamente independientes de toda aportación de los socios”. Crisis del concepto de capital social. R.D.C.O., ano 32, 1999, p. 372.

qual vem sendo a outra linha de orientação doutrinária a mais seguida pelos mercantilistas.²²

A inoperância dessa concepção sobre capital empresarial fica evidenciada nas situações em que ocorre aumento deste em decorrência da incorporação de reservas, ou seja, lucros acumulados sobre os quais se decide não realizar a distribuição aos sócios ou ao instituidor.²³; também na situação inversa, onde se verifica a necessidade de redução do capital a fim de readequação face à ocorrência de perdas. Em ambas as hipóteses, o capital inicialmente resultante das entradas não se manterá como a cifra do capital da entidade. Em síntese, é possível afirmar que a perfeita identificação entre as entradas e o capital empresarial é uma simples coincidência, que poderá ou não ser verificada nos casos concretos e, portanto, jamais deve ser tomada como fórmula definitiva.

A concepção abstrata, nominalista ou clássica parte da já destacada distinção de capital e patrimônio, definindo-os a partir de um cotejamento, numa mera técnica de comparação de conceitos. Capital é a cifra fixa e inflexível indicada no ato de constituição da entida-

22 DOMINGUES, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 35. O autor é incisivo na crítica à acepção material, afirmando ser esta absolutamente inaceitável, argumentando: “suponha-se, por ex., a entrada de um sócio consubstanciada numa máquina. Uma vez que esta fará parte do capital social, caso fosse alienada ou abatida ao patrimônio da sociedade, o capital teria que ser proporcionalmente reduzido, o que seria, de todo, irrazoável e – como é óbvio – não é o que sucede”.

23 Paulo de Tarso Domingues lembra que “autores há, porém, que contornam a dificuldade defendendo que, no caso, se está perante uma entrada indirecta por parte dos sócios. Como é sabido, reservas são lucros acumulados que os sócios decidem não distribuir ente si; ora, afirmam, quando se incorporam as reservas no capital, através de deliberação da AG, tudo se passa como se os sócios – tendo decidido renunciar definitivamente à distribuição daqueles lucros (que constituem as reservas) – efectuassem uma contribuição (indirecta) proporcional à participação de cada um no capital, participação que assim será correspondentemente acrescida”. E complementa: “para que esta incorporação através de reservas considerada uma entrada, ainda que indirecta – uma vez que a realização das entradas por parte dos sócios tem que partir da vontade individual de cada um – seria necessário, no entanto, que todos consentissem e deliberassem no sentido daquele aumento. Ora, isso não sucede com esta figura, uma vez que a deliberação é tomada por maioria qualificada dos sócios – portanto, mesmo contra a posição de alguns – que veem a sua participação social proporcionalmente aumentada, ainda que eventualmente contra a sua vontade, pois mais pretenderiam, p. ex, a distribuição dos lucros”. Op. cit., p. 37.

de empresária, tomado em seu aspecto abstrato, formal e descomprometido com a realidade econômica da entidade. Nas palavras de Paulo de Tarso Domingues, o capital, para essa concepção, é tomado como um puro *nomen iuris*.²⁴ Esse corte teórico é encontrado quando recorremos às clássicas lições de J. X. Carvalho de Mendonça, o grande comercialista brasileiro, que conceitua o capital com “o fundo originário e essencial da sociedade, fixado pela vontade dos sócios; é o monte constituído para a base das operações”.²⁵

Não são poucas as críticas que podem ser levantadas a essa forma de visão doutrinária sobre o capital, pois, como já referido acima, este pode vir a variar de acordo com certas contingências econômicas da entidade, mesmo que, de regra, tal modificação deva ser aparelhada por uma série de requisitos formais intransponíveis. Ainda há que se lembrar que essa abordagem formal sobre o capital olvida da sua função primordial no cenário negocial, referente à atuação do fundo patrimonial como mecanismo de garantia econômica dos credores.

Buscando superar a concepção meramente nominalista, a definição dualista identifica a distinção entre capital real e nominal, mas entende serem estas acepções de um mesmo fenômeno, ou seja, duas faces de uma mesma realidade complexa.²⁶ A noção de capital nominal corresponde ao valor resultante do que foi aportado na constituição da entidade, enquanto no aspecto real o capital é visto com a cifra de retenção e, portanto, o fundo patrimonial intangível, valendo-se o legislador ora de uma ou outra faceta. Não há, portanto, um único significado para o capital empresarial.

As vantagens da aceitação da noção dualista do capital empresarial são inequívocas, na medida em que permitem a adequação da

24 DOMINGUES, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 41.

25 Tratado de Direito Comercial Brasileiro. 7. ed., v. III. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 29.

26 Cf. BOSCO, Lucas Ramirez. Op. cit., p. 33.

atuação hermenêutica das regras que lhe são referentes, precisando de forma efetiva o seu verdadeiro significado no contexto legislativo em que estão inseridas e arredando confusões que seriam frequentes e inevitáveis. Ao mesmo tempo, o enfoque do capital como conceito complexo estabelece mais claramente uma linha de vinculação deste com as principais funções que a ordem jurídica lhe atribui, mormente em relação a sua atuação como meio de desempenhar satisfatoriamente a atividade empresarial a que se propôs a entidade e também constituir mecanismo de garantia dos credores.

Deve o capital empresarial, em resumo, ser considerado como um fenômeno complexo, porém unitário. Somente a aceitação dessa compreensão sobre o capital social é que permitirá se extrair um conceito coerente com os diálogos normativos e doutrinários que servem de palco para a sua realização.

3 Revisitando os princípios que orientam o capital social

Vencida a tarefa de análise dos diversos fatores que influenciam a identificação da noção de capital social, passamos à verificação de seus princípios.

Aqui, assim como na questão conceitual, não se está a trabalhar sobre terreno firme. A falta de uniformidade e até mesmo a presença de contradições doutrinárias inviabilizam que se alcance uma sistematização uniforme sobre os vetores de orientação relativos ao capital. No entanto, a importância da construção de um panorama sobre as linhas de orientação relativas ao tema faz com que busquemos essa sistematização.

Inspirando-nos na doutrina de Paulo de Tarso Domingues, selecionamos as seguintes linhas orientadoras do capital na área

empresarial, sem é claro reconhecer que se trata de uma organização artificial e, portanto, naturalmente incapaz de reproduzir toda a complexidade que o tema encerra: (a) princípio da determinação; (b) princípio da unicidade; (c) princípio da publicidade; (d) princípio da estabilidade, fixidez ou invariabilidade do capital; (e) princípio da exata formação; (f) princípio da intangibilidade; (g) princípio da efetividade ou princípio da realidade; e (h) princípio da congruência. Vejamos, de forma sintética, esses vetores.

a) Princípio da determinação

Conforme a designação desse princípio espelha, a cifra do capital empresarial deverá necessariamente estar determinada no ato de constituição da entidade empresária, na condição de elemento essencial deste. O nosso ordenamento jurídico impõe a previsão, no documento de origem da entidade, da consignação do valor do capital, expresso em moeda corrente nacional, quer para as sociedades contratuais reguladas pela Codificação Civil, *v.g.* a simples e a limitada, assim como para as modalidades de caráter acionário (anônima e em comandita por ações).²⁷ Logo, o capital é elevado à condição de elemento estrutural dos entes empresariais.²⁸

Inicialmente essa determinação visava ao interesse dos próprios sócios, mormente com vinculação ao reembolso que seria atri-

27 A não indicação do valor do capital expresso em moeda corrente nacional no ato de constituição ocasiona a invalidade deste. Acreditamos que, apesar da qualidade de elemento natural ou categorial dos atos constitutivos dos entes empresariais, a ausência de indicação do capital não deve ser tida como ocasionador da inexistência jurídica do ato constitutivo ou mesmo de sua nulidade, mas deve ser considerada como invalidade de menor grau, capaz de ser sanada. Lucas Ramírez Bosco indica que esta é a solução adotada no sistema argentino, de acordo com a disposição do art. 17 da Lei de Sociedades Comerciais deste país (Op. cit., p. 43).

28 Nas palavras de Hernani Estrella, “ele é elemento básico à formação da sociedade e nesta desempenha papel tão relevante que todos os sistemas legislativos editaram normas visando a sua realidade e integralidade”. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Jose Konfino Editor, 1978, p. 302.

buído a esses em caso de findo o objeto da atividade proposta pela entidade. Com o passar do tempo, esse quadro veio a se modificar em face do regime da limitação de responsabilidade, tornando a indicação do capital como uma forma de contemplação, também e com maior ênfase, do interesse de terceiros, em especial dos credores da atividade empresária.²⁹ Assim, é princípio de utilidade prática inquestionável para a viabilização do tráfego negocial no mercado.

b) Princípio da unidade do capital

A noção de unidade do capital atua indicando que a cifra prevista do ato constitutivo da entidade deve ser uma só. Na precisa afirmação de Paulo de Tarso Domingues, não é possível fazer referência no pacto societário a dois ou mais capitais, pois a sociedade deve ter capital social único, explicando: “trata-se de solução cuja justificação facilmente se alcança, uma vez que a fragmentação do capital social, não tendo qualquer efeito útil, seria contraditória e danosa para algumas das funções desempenhadas”.³⁰ O capital é único e responde por todas as dívidas da atividade, independentemente de

29 Cf. DOMINGUES, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 55-56. O autor observa que: “a consagração legislativa do capital, tal como é hoje perspectivado, é historicamente recente. De fato, a partir da segunda metade do século XVII, começou a estabelecer-se para certos casos, a exigência de um *‘funds perpetual’* para as então designadas Companhias, de modo a assegurar a sua perenidade, somente em meados do século passado, porém, é que passou a ser reconhecida, mormente por via legislativa, a importância que hoje se atribui ao capital social. Na verdade a primeira lei que consagrou o capital social como elemento essencial e necessário do contrato de sociedade – seguida depois por outros ordenamentos jurídicos – foi a *Preussisches Gesetz über die Aktiengesellschaften de 1843*”. Mais adiante o autor reafirma essa informação, relatando que, ao surgirem as primeiras sociedades capitalistas típicas, as Companhias das Índias dos séculos XVII e XVIII, que viriam a influenciar de forma decisiva a legislação oitocentista, estabelecendo o esquema jurídico paradigmático para as futuras sociedades anônimas, não se fazia qualquer exigência quanto ao capital social destas espécies, pois cada sócio ingressava para a sociedade com os fundos que lhe fossem convenientes.

30 DOMINGUES, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 58. O autor sugere que se reflita sobre a determinação do lucro que “se encontra, grosso modo, pela diferença entre o patrimônio líquido e o capital social ou na medida de distribuição do lucro e, em geral, na medida dos direitos e obrigações de cada sócio, que em princípio são proporcionais ao capital social”. E arremata (p. 59): “são instrumentos jurídicos – e muitos outros podem referir-se – que, tal como são regulados, apenas se percebem e só funcionam se o capital social for uno e não plural”.

representarem compromissos assumidos pela matriz ou por alguma das filiais da empresa.

c) Princípio da publicidade

A publicidade do capital empresarial é decorrência do caráter público do próprio ato registral, pois, conforme já referido, esse é um elemento necessário do ato constitutivo levado a registro.

Tal princípio está relacionado à preocupação em tornar públicos a existência e o valor do capital empresarial, para que este venha a ser do conhecimento daqueles que travam relações negociais com a entidade e assim possam dimensionar o risco de suas transações econômicas e até mesmo decidirem por contratar ou não com a entidade empresária.

No direito brasileiro, esse postulado, em que pese a sua inegável contribuição para a segurança das relações mercantis, não goza de plena eficácia, pois a publicidade do capital é direcionada tão somente à cifra numérica consignada expressamente no ato constitutivo, vinculando-se, portanto, à concepção abstrata ou formal do capital, enquanto se sabe que, na análise da função de garantia que a base econômica da entidade fornece aos seus credores, tem interesse, em especial, a acepção real do capital.

d) Princípio da estabilidade ou da fixidez do capital

Esse princípio traduz a ideia do capital como uma cifra estável, fixa, que deverá estar indicada no ato constitutivo. De larga aceitabilidade no estrangeiro – *principio di fissità, príncipe de fixité, principio de permanência* –, é utilizado para traduzir a perenidade do valor do capital, em contraposição à noção de patrimônio, que é eminentemente variável, de acordo com as vicissitudes da vida econômica da

entidade. A inclusão desse princípio na noção de capital está diretamente correlacionada ao sistema de limitação de responsabilidade empresarial, assumindo dupla vinculação: ao interesse da sociedade e também dos seus credores.³¹

Parte da doutrina refere-se a este postulado, valendo-se da expressão princípio da invariabilidade do capital social, o que é criticado por Lucas Ramírez Bosco: “no parece lo más acertado, pues no veda la mutabilidad del capital social, sino que exige el cumplimiento de determinados pasos para hacerlo”.³² Na doutrina nacional, Arnoldo Wald chega a referir que o capital social é caracterizado pela mutabilidade, uma vez que pode ser aumentado ou reduzido no decorrer da vida da sociedade, desde que não prejudique direito de credores, que nele encontram a garantia da satisfação de seus créditos.³³

De fato, o capital é constante, somente podendo ser alterado em situações especiais e de acordo com o cumprimento das formalidades previstas no ordenamento jurídico ou no ato de constituição da entidade. Paulo de Tarso Domingues, ao analisar o assunto,

31 Paulo de Tarso Domingues explica que “a consagração deste princípio da estabilidade era de todo inexistente quando surgiram as primeiras sociedades de capital típicas: as Companhias das Índias dos sécs. XVII e XVIII, que quase unanimemente são consideradas as precursoras da forma jurídica paradigmática de sociedade capitalista que veio a ser consagrada nos códigos oitocentistas – a sociedade anônima. De facto, não se fazia então qualquer exigência quanto ao capital da sociedade, pois cada sócio entrava para a sociedade com *‘les fonds que bon lui semblera’*. Mais tarde, porém, surgiu a necessidade de se estabelecer estatutariamente um determinado capital, não com o intuito de proteger o tutelar interesse de terceiros mas visando, antes, os interesses da Companhia. É que a prossecução de atividades duradouras não mais era compatível com a existência de um capital, as mais das vezes constituído unicamente para um determinado objectivo (p. ex. uma viagem, a construção de uma ponte etc.), cuja consecução implicava o reembolso aos sócios do capital investido com os réditos eventualmente resultantes do empreendimento realizado. Só posteriormente, com a limitação de responsabilidade conseguida pela classe mercantil, é que a fixação do capital social começou a ser encarada não exclusivamente no interesse da sociedade, mas também no de terceiros, através da sua inclusão no passivo do balanço de exercício, desse modo desempenhando uma função de garantia para estes”. Op. cit., p. 64-65.

32 BOSCO, Lucas Ramírez. Op. cit., p. 45. No mesmo sentido é a postura assumida por Hérman Verly. Op. cit., p. 764.

33 WALD, Arnold. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. XIV. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 124.

utiliza com propriedade a designação *variabilidade condicionada*, que se mostra mais adequada para espelhar esta realidade.³⁴ Tais formalidades, em geral, são rigorosas e têm por escopo acautelar e tutelar interesses tanto dos sócios como de terceiros, credores da sociedade.³⁵ Nessa linha, J. Girón Tena aponta a existência de dupla finalidade do princípio da estabilidade do capital, assegurando que as posições relativas a cada sócio na sociedade, bem como a medida de seus direitos e obrigações, venham a se manter inalteradas, eis que vinculadas à respectiva participação no capital social; e, por outro lado, contribui para assegurar a realização da função de garantia dos credores.³⁶

No direito nacional a rigidez desse princípio é flexibilizada para as sociedades cooperativas, que são orientadas pela variabilidade do capital, conforme disposição expressa na legislação civil.³⁷

e) Princípio da exata formação

Indica que, na constituição da entidade, o valor do patrimônio (que é constituído pelos aportes) deve ter exata correspondência ao valor do capital nominal. Não é necessário que as entradas em dinheiro sejam integralmente realizadas no momento de constituição da entidade. No entanto, o capital deverá estar totalmente subscrito,

34 DOMINGUES, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 62.

35 A tutela dos interesses dos credores ganha forma especial no que se refere à alteração que ocasiona a redução do capital, que poderá ser fortemente lesiva aos terceiros que se relacionam com a entidade, pois ocorre a diminuição do fundo que lhes representava a garantia de seus créditos. Joaquín Garrigues, ao comentar este princípio sobre o capital, aponta: *“significa que la cifra del capital no puede ser libremente alterada, ya que todo aumento de la misma significaría un engaño para los acreedores si no va acompañado del correlativo aumento en el patrimonio, con la consiguiente disminución de la garantía de los acreedores”*. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 1987, p. 137.

36 GIRÓN TENA, Jose. *Derecho de Sociedades*. Tomo I. Madrid, 1976, p. 54.

37 Código Civil, art. 1094: “São características da sociedade cooperativa: I- variabilidade ou dispensa do capital”.

de forma que nas espécies societárias não haja quota ou ação sem o respectivo titular.³⁸

Esse postulado também é designado por parte da doutrina como princípio da integralidade do capital social.³⁹

f) Princípio da intangibilidade

Esse também é um postulado que marca presença na literatura jurídica mercantil de diversos países, sendo conhecido ainda como *princípio da integridade, da conservação do capital* ou da *correspondência*. Significa que o capital real, entendido como a fração ideal do ativo, que se destina à cobertura da cifra do capital nominal, não poderá descer abaixo do valor nominal, em virtude de operações que visem o benefício dos sócios – ou instituidor, no caso da empresa individual –, assegurando, assim, a conservação

38 Paulo de Tarso Domingues informa que, no direito português, são proibidas as chamadas *quase entradas* ou *entradas simuladas*, designação doutrinária atribuída às situações em que o sócio, no ato de constituição social, realiza a entrada em dinheiro e, em seguida, vende à sociedade bem de sua propriedade, que pretendia oferecer como entrada. O art. 29 do Código das Sociedades Comerciais lusitano veda expressamente essa aquisição de bem de acionista, ressalvados os casos de aquisição de bens em Bolsa, em processo judicial executivo ou aquisições compreendidas no objeto da sociedade, além das compras de objetos de pequeno valor e as ocorridas fora do chamado “período suspeito”, que se prolonga até dois anos após a escritura de celebração do contrato de sociedade ou do aumento do capital. Assim, evita-se que um sócio, pretendendo fugir ao regime imperativo e particularmente rigoroso das entradas em espécie, realize no momento da constituição da sociedade uma entrada em dinheiro e, em seguida, venda à sociedade, pelo preço que então poderia discricionariamente estabelecer, o bem com que efetivamente pretendia entrar para a sociedade. Essa preocupação também se faz presente no art. 11 da Segunda Diretiva sobre sociedades da Comunidade Econômica Europeia, nos seguintes termos: “1. Se antes do termo do prazo fixado pela legislação nacional, o qual será, no mínimo, de dois anos a contar do momento de constituição da sociedade ou da obtenção da autorização para iniciar as suas atividades, a sociedade adquirir qualquer elemento do ativo pertencente a uma pessoa ou a uma sociedade mencionada na linha ‘i’ do art. 3º por um contravalor de, pelo menos, um décimo do capital subscrito, esta aquisição deve ser objeto de uma verificação e de publicidade idênticas às previstas no art. 10 e deve ser submetida à aprovação da assembleia geral. Os Estados-membros podem igualmente prever a aplicação destas disposições no caso de o elemento de activo pertencer a um acionista ou a qualquer outra pessoa. 2. O n. 1 não se aplica às aquisições feitas no quadro das operações concorrentes da sociedade, nem às aquisições feitas no quadro das operações concorrentes da sociedade, nem às aquisições feitas por iniciativa ou sob a fiscalização de uma autoridade administrativa ou judiciária, nem às aquisições feitas na Bolsa”.

39 Cf. BOSCO, Lucas Ramiréz. Op. cit., p. 44.

do capital real e da garantia que ele constitui a terceiros credores. Analisando a relevância desse princípio de tutela do capital social no direito societário lusitano, Elisabete de Martinho destaca que ele confere ao capital social status de integralidade e estabilidade, que se materializa num conjunto de normas legais que compõem o regime de conservação do capital.⁴⁰ Não é diversa a visão apresentada por Ernesto E. Martorell na doutrina argentina, lecionando que esse princípio “compreende el conjunto de normas establecidas por el legislador, con el fin de evitar que termine afectando su integralidad”.⁴¹

Paulo de Tarso Domingues pondera que “este princípio não significa que o patrimônio líquido jamais possa ser inferior à cifra do capital social, pois, caso fosse esse o entendimento, ter-se-ia a dissolução da sociedade sempre que houvesse perdas”.⁴² Ele tem por objetivo, portanto, inviabilizar que ocorram distribuição de bens e valores em prejuízo da integralidade do capital. Nesse sentido, Jorge Lobo indica como exemplos de atos representativos de fraude ao capital a repartição de dividendos irreais ou antecipados, o pagamento de juros aos sócios, além de diversas possibilidades de fraude aos balanços da entidade.⁴³

A ideia de intangibilidade, inequivocamente, visa a proteger o capital, estabelecendo como condição *sine quo non* para que ocorra a distribuição de dividendos ou outras verbas aos sócios em caso de existência de patrimônio líquido superior à cifra do capital.

40 MARTINHO, Elisabete de. O princípio da intangibilidade do capital social. *Revisores e Auditores*, v. 41, abr./jun. 2008, p. 52.

41 MARTORELL, Ernesto E. *Sociedades Anónimas*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 73.

42 DOMINGUES, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 104.

43 LOBO, Jorge. Fraude à realidade e integralidade do capital social das sociedades anônimas. *Seleções Jurídicas*, ADV Advocacia Dinâmica, abr. 1997, p. 59.

No sistema jurídico pátrio, o postulado da intangibilidade do capital é consagrado de forma expressa na previsão contida no art. 1.059 da Codificação Civil, onde resta consignado: “Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem em prejuízo do capital”.⁴⁴ Essa determinação normativa impõe que a restrição do capital social retorne ao patrimônio dos sócios durante a existência da sociedade. Por consequência, uma vez constituído o fundo patrimonial, este não poderá ser desafetado para fins e funções diversas daquelas para os quais foi constituído, salvo em caso de liquidação da sociedade ou de redução do capital social.⁴⁵

Note-se que, num sistema de limitação de responsabilidade dissociado da fórmula societária, esse princípio assume maior importância, pois permite verificar a relação existente entre o capital formal – estampado no ato constitutivo – e o patrimônio da entidade, permitindo medir a deterioração deste e servindo como referencial de solidez da entidade.⁴⁶

Apesar da importância desse princípio, em especial como norteador da ética societária, não há como deixar de questionar a sua

44 O Código das Sociedades Comerciais de Portugal possui normatização semelhante, dispendo em seu art. 32: “Limite da distribuição de bens aos sócios. 1 - Sem prejuízo do preceituado quanto à redução do capital social, não podem ser distribuídos aos sócios bens da sociedade quando o capital próprio desta, incluindo o resultado líquido do exercício, tal como resulta das contas elaboradas e aprovadas nos termos legais, seja inferior à soma do capital social e das reservas que a lei ou o contrato não permitem distribuir aos sócios ou se tornasse inferior a esta soma em consequência da distribuição”. No mesmo sentido, é a orientação prevista na Segunda Diretiva 77/91/CCE, que, em seu art. 15, n. 1, dispõe: “Exceptuados casos de redução do capital subscrito, nenhuma distribuição pode ser feita aos acionistas sempre que, na data do encerramento do último exercício, o activo líquido, tal como resulta das contas anuais, for inferior, ou passasse a sê-lo por força de uma tal distribuição, à soma do montante de capital subscrito e das reservas que a lei ou os estatutos não permitem distribuir”.

45 Cf. DOMINGUES, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 104.

46 Cf. ARAYA, Miguel C. Op. cit., p. 218.

efetividade como instrumento de tutela do interesse dos credores, pois ele se restringe a outorgar proteção do capital no seu sentido formal, ou seja, como mera cifra contabilística. Sabe-se que a questão em si é mais profunda, na medida em que a garantia dos credores é consubstanciada sobre o patrimônio da sociedade. Nesse sentido, adverte Elisabete de Martinho:

Este regime é visto como uma proteção secundária dos credores sociais, pois os seus interesses podem ser salvaguardados através de medidas mais concretas e eficazes, nomeadamente os termos e cláusulas que regem as relações contratuais entre o terceiro e a sociedade. Estas podem inclusivamente impor limitações à distribuição de bens aos sócios.⁴⁷

A autora informa sobre a existência no modelo jurídico norte-americano de técnicas alternativas que buscam flexibilizar o rigor desse princípio de intangibilidade do capital, indicando que a função de garantia e proteção dos credores pode ser assegurada através de um regime mais eficiente e tecnicamente mais viável. Tais instrumentos são conhecidos como *equity insolvency test* e *balance sheet test*, onde a sociedade, respectivamente, deve demonstrar ter capacidade de cumprir com as suas responsabilidades futuras, após realizar a distribuição aos sócios, e o patrimônio líquido da sociedade deve apresentar saldo positivo, de forma que não poderá ser inferior à soma de suas responsabilidades nem se tornar inferior em consequência da distribuição de quantias aos sócios.⁴⁸

47 MARTINHO, Elisabete de. Op. cit., p. 55.

48 Ibid., p. 56. A autora aponta a existência de proposta elaborada por um grupo de especialistas de várias áreas do conhecimento, nomeadamente do Direito, Economia e Contabilidade – Interdisciplinary Group on Capital Maintenance –, liderado por Jonathan Rickford – daí ser conhecido também como Rickford Group –, que oferece proposta similar ao modelo norte-americano, mas com perfil mais liberal, explicando: “Baseia-se na teoria de que o regime de conservação do capital deverá assentar em regras que mitiguem o risco de insolvência, resultante de distribuição de bens aos sócios, garantindo-se por esta via, a proteção dos interesses dos credores sociais. Elimina a condição de subscrição de um capital mínimo, bem como da sua intangibilidade, e apresenta dois elementos chave para o novo regime: (i) certificado de solvência: assenta no ‘*equity insolvency test*’

g) Princípio da efetividade, da realidade ou da correspondência⁴⁹ do capital

Esse princípio está dirigido a evitar que os ativos que integram o capital sejam fictícios⁵⁰ e ao mesmo tempo determinar que os bens que compõem o capital real – isto é, integrantes do patrimônio líquido que cobrem a cifra do capital – sejam idôneos para garantir a terceiros credores. Na feliz síntese formulada por Paulo de Tarso Domingues, “quando se afirma que o capital social constitui uma garantia para terceiros, está obviamente a referir-se ao capital social real, uma vez que os credores são pagos com bens concretos e não com números ou cifras aritméticas”.⁵¹ Dessa forma, representa a imposição no sentido de que a cifra indicada como valor do capital seja efetiva, concretizando-se na realidade econômica da empresa. É a oposição à ideia do capital como mero valor nominal, simplesmente indicativo no ato constitutivo e sem correspondência ao efetivo contexto econômico da empresa.⁵²

supracitado, mas tenta eliminar a indefinição associada ao período de tempo a ser considerado pela gestão no que se refere às ‘responsabilidades futuras’ da sociedade. O horizonte temporal proposto para este teste é o ano subsequente à distribuição. O certificado de solvência materializa-se numa declaração de gestão, na qual esta afirma que, tendo em conta o plano estratégico definido para a sociedade e os recursos que esta apresenta, após realizada a distribuição de lucros pelos sócios a sociedade permanecerá com capacidade para cumprir as responsabilidades decorrentes do curso normal da sua atividade, ao longo do exercício seguinte. (ii) ‘*balance sheet test*’: embora usando o mesmo conceito definido no regime dos Estados Unidos da América, este elemento não se apresenta como determinante da decisão de distribuição dos bens aos sócios, ou seja, a distribuição poderá realizar-se mesmo que o patrimônio líquido da sociedade não apresente um saldo positivo. Neste caso, a gestão deverá justificar devidamente a opção tomada, sujeitando-se a uma declaração especial para o efeito”. *Ibid.*, p. 57.

49 A expressão *princípio da correspondência* é utilizada por Lucas Ramírez Bosco. *Op. cit.*, p. 46.

50 Cf. BOSCO, Lucas Ramírez. *Op. cit.*, p. 46.

51 DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 50.

52 Sobre a viabilidade de incorporação de bens intangíveis ao capital social, remetemos o leitor aos trabalhos de Leticia Provebel (Considerações à incorporação de bens intangíveis ao capital social das empresas. *Revista dos Tribunais*, v. 801, jul. 2002, p. 78), Denis Borges Barbosa (Da conferência de bens intangíveis ao capital das sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 37, jan. 1980) e Ana Cristina França de Souza (Avaliação da propriedade intelectual e ativos intangíveis. *Revista da ABPI*, mar./abr. 1999, n. 39). No direito comparado, destaca-se a obra de Maria Gabriela de Oliveira Figueiredo Dias, *A assistência técnica nos contratos de Know-how*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

Assim, bastante correlacionado ao princípio da intangibilidade, o ideal de efetividade do capital direciona-se à garantia de que os bens que compõem o capital se mostrem idôneos para servir de garantia aos credores. Como afirma Paulo de Tarso Domingues, aqui o foco é direcionado não somente à quantidade (valor) dos bens, mas, em especial, à qualidade destes.⁵³

Por outro lado, esse princípio também está a indicar que, além de idôneo, o capital real, estando efetivamente contemplado no ativo líquido da entidade, possui capacidade de cobrir o capital líquido.

Por fim, voltamos aos ensinamentos de Paulo de Tarso Domingues, que, sintetizando este princípio, leciona ser ele a combinação entre a idoneidade e a existência do capital⁵⁴.

Na subscrição de bens para a formação do capital empresarial nas sociedades limitadas, o sistema brasileiro é provido de técnica de controle inicial, por força do disposto no art. 1.055, § 1º da Codificação Civil (“Pela exta estimação dos bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade”), mas desprovido de mecanismos que possam monitorar essa questão durante a vida da entidade. Segundo Vera Helena de Mello Franco, esse postulado atua como salvaguarda da realidade do capital⁵⁵, pois se posiciona como mecanismo normativo a serviço do monitoramento da efetividade do capital.

53 DOMINGUES, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 117.

54 Ibid., p. 118.

55 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito empresarial: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 261. A autora ainda expressa o desejo de que se exigisse que tais bens sejam de proveito real para a sociedade, o que reforçaria ainda mais o ideal de efetividade do capital.

No mesmo sentido, nas sociedades anônimas a legislação veda a imissão de ações com preço inferior ao seu valor nominal.⁵⁶

Nas companhias, a contribuição *in natura* é imposta à prévia avaliação a ser realizada por peritos especializados, nomeados em assembleia geral, com aptidão técnica para a análise do valor de mercado desses bens. Esse cuidado legislativo indica comprometimento com o princípio da efetividade.

h) Princípio da congruência ou da adequação do capital ao objeto social

O capital deve ser adequado à consecução do objeto da entidade empresarial, levando em conta a dimensão e a finalidade da empresa. Logo, a cifra patrimonial há de ser suficiente para viabilizar o exercício do objeto social e também absorver os riscos naturais que acompanham o desempenho da atividade, de forma a servir de garantia dos credores.

Paulo de Tarso Domingues, nesse sentido, informa que a jurisprudência italiana tem recusado a homologação de sociedades com capital manifestamente inadequado ao objeto social, considerando tratar-se de hipótese de impossibilidade do objeto.⁵⁷

Em que pese esse princípio vir a assumir importância decisiva para a efetividade do capital da empresa, ele carece de mecanismos hábeis a proporcionar a sua efetiva realização, representando o máximo de otimização do capital da empresa. Assim, a análise desse princípio nos encaminha, inevitavelmente, para o debate sobre a *sub-capitalização*, tema que será enfrentado na parte final deste ensaio.

56 Lei n. 6.404/76, art. 13. É vedada a emissão de ações por preço inferior ao seu valor nominal.

57 DOMINGUES, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 179. O jurista esclarece que, na doutrina jurídica italiana, os autores fundamentam a consagração do princípio da congruência ao longo da vida da sociedade nas normas do art. 2.448º, n. 2, do *Codice Civile*, e na norma do art. 2.272º desta mesma legislação, quando estabelece como causa de dissolução da sociedade a *impossibilidade superveniente de conseguir realizar o seu objeto*.

4 Funções atribuídas ao capital empresarial

A doutrina tem atribuído ao capital empresarial o desempenho de pelo menos duas funções de destaque, quais sejam a de garantia e de organização. No entanto, considerando a importância do tema para o objetivo deste trabalho, optamos pela sistematização proposta por Paulo de Tarso Domingues, que de forma mais detalhada vislumbra a necessidade de separar as utilidades do capital empresarial em dois planos: interno e externo. No primeiro, o autor enquadra as funções atribuição da qualidade de sócio, de determinação da posição jurídica do sócio, de *arrumação* do poder societário e de produtividade, enquanto no segundo plano são alocadas as funções de garantia, de avaliação econômica e socialização.

Passamos, então, à análise das funções do capital, de acordo com esses critérios.

a) Funções internas do capital

Conforme a expressão indica, as atribuições internas do capital dizem respeito a sua atuação como mecanismo capaz de auxiliar na dinâmica das relações *ad intra* da entidade empresária – entre estas e seus membros ou destes entre si – e no aspecto concernente à obtenção de seus fins.

A primeira tarefa do capital, neste plano, é a atribuição da qualidade de sócio ou de instituidor e, por consequência, o reconhecimento das situações que derivam destas condições. Sabe-se que essas condições somente são adquiridas mediante a realização de contribuição – ou promessa de contribuição – para a formação do fundo patrimonial. Ressalva deve ser feita aos chamados sócios de indústria, entendidos

como aqueles que realizam a sua contribuição para a obtenção do status de sócio tão somente mediante a prestação de serviços, o que é autorizado em certos modelos societários brasileiros de menor expressividade, como ocorre em relação à sociedade simples.

A função de determinação da posição jurídica de sócio está vinculada à capacidade do capital e de dimensionar os direitos e obrigações dos sócios, bem como auxiliar na fixação dos quóruns deliberativos. J. M. Coutinho de Abreu, ao tratar desta tarefa do capital, a designa como *função de ordenação*⁵⁸, enquanto Paulo de Tarso Domingues apelidou essa aptidão de *função de arrumação do poder societário*⁵⁹, pois de regra os aportes dos sócios irão corresponder ao *quantum* de valoração dos votos nas tomadas de decisões da entidade. Em síntese, as principais prerrogativas do *status soci*, consubstanciadas nos direitos econômicos e políticos, são de regra correlacionadas direta e proporcionalmente à participação com a qual cada sócio contribui para a formação do capital.

A vinculação do capital empresarial à produtividade – *função de produção ou de financiamento da sociedade* – é verificada no ideal de que este visa congregiar meios que permitam o desenvolvimento da atividade negocial da entidade, proporcionando uma estrutura de produção.⁶⁰ Tomando-se como referência esse enfoque, o capital é tido como o conjunto de meios patrimoniais – aportados pelos sócios ou decorrentes de reservas e lucros acumulados – destinados a possibilitar a capacidade produtiva da empresa.⁶¹

58 ABREU, J. M. Coutinho de. Op. cit., p. 447.

59 DOMINGUES, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 188.

60 Ibid., p.189.

61 Nuri Rodriguez Olivera critica a atribuição da função de produção ao capital social, afirmando: “*el capital es una mera cifra: la función de productividad la cumplen los bienes aportados y los que se vayan incorporando con el desarrollo de la actividad social, incrementando el patrimonio*”. Op. cit., p. 82.

Essa tarefa do capital está intimamente relacionada com a sua própria origem histórica, que primeiramente foi concebida tão somente no interesse interno das formas societárias. Na afirmação de Oliveira Ascensão o capital destina-se a ser utilizado como *alavanca* ou como *motor* necessário da atividade econômica⁶².

A força desta função interna de servir à produção é correlacionada pela doutrina com a importância da sua atuação externa com base econômica de garantia dos credores, pois são estas formadoras do binômio de utilidade basilares do capital empresarial. Nas precisas palavras de Miguel C. Araya, a noção de produtividade do capital “*no importa desconocer el significado de garantía del capital social, sino afirmar que la mejor garantía para los acreedores es la productividad de la sociedad, ya que el cumplimiento de las obligaciones con terceros se asegura a través de su capacidad para obtener beneficios*”.⁶³

Não se pode olvidar, ainda, a função de contenção exercida pelo capital social, que se expressa, em especial, na vedação da sociedade vir a distribuir dividendos aos sócios se o patrimônio não estiver superando a cifra do capital. Nuri Rodriguez Olivera, ao analisar tal encargo outorgado ao capital, observa:

*por ello se hace figurar en el “pasivo” del balance. [...] No porque el capital sea pasivo, ya que indica la valoración inicial de los bienes del “activo”, sino sobre la base de la técnica contable por partida doble, utilizándolo como dique en garantía de acreedores con el fin de contrapesar los valores de los bienes correspondientes del activo e impedir que puedan distribuirse entre los socios mientras no exceden de esa cifra.*⁶⁴

62 ASCENÇÃO, Oliveira. Lições de Direito Comercial. v. IV. *Sociedades Comerciais*, Lisboa, 1993, p. 163.

63 ARAYA, Miguel C. El capital social. *Revista de Derecho Privado y Comunitario: Sociedades*, ano 2003, n. 2, Rubinzal – Culzoni, p. 221-222.

64 OLIVERA, Nuri Rodriguez. Op. cit., p. 24.

As funções internas imputadas ao capital social são, portanto, de extrema relevância, justificando a sua condição de requisito indispensável para a constituição das entidades empresárias.

b) Funções externas do capital empresarial

Por funções externas do capital, entendem-se aquelas que esse assume perante as relações *ad extra*, ou seja, para fora, no cenário econômico em que a entidade está inserida, focando a relação desta com terceiros, seus credores.

Nesse plano, a função mestra do capital empresarial é a sua atuação como instrumento de garantia. A noção de que o capital empresarial representa a garantia dos credores da entidade é inequivocamente um lugar comum na doutrina empresarial clássica, atuando como um verdadeiro critério de justificação da limitação de responsabilidade. É nessa função que irão desaguar vários dos princípios acima indicados como monitoradores da noção de capital, mormente o da intangibilidade.

Essa é inequivocamente a mais relevante e antiga utilidade do fundo empresarial, servindo como fiel da balança entre os direitos dos sócios e dos credores⁶⁵ e que, conforme Maria de Fátima Ribeiro, tem crescido de importância nos últimos tempos, sobretudo no sistema norte-americano, mas também no cenário comunitário europeu, por influência das decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades

65 Cf. GARCIA, Ricardo Olivera, op. cit., p. 376. O autor explica que "*la función de garantía del capital es aceptada por la doctrina en forma prácticamente unánime. Algunos autores, incluso utilizan atractivas figuras para describir esta función. Thaller expresa, que el capital es una línea de retención trazada en el activo. Vivante, comparando la función que el capital cumple frente al patrimonio, hace el símil con un recipiente destinado a el grano, que ora supera la medida, ora no llega a colmarla. Garrigues, por su parte, sostiene que la cifra de capital representa un dique que va conteniendo las aguas (elementos del activo) hasta que el activo supera el nivel del dique. A partir de este instante, el agua que exceda irá a beneficiar a los accionistas bajo la forma de dividendo*".

Europeias, proferidas nos casos *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*.⁶⁶ Verificada na sua atuação como instrumento dos interesses econômicos dos credores de forma a servir como o referencial que estes terão da capacidade econômica desta entidade, permitindo-lhes realizar uma melhor avaliação econômica nas suas operações negociais.⁶⁷ A função de garantia é designada por Paulo de Tarso Domingues como *função rainha do capital*.⁶⁸

Considerando o fato de essa função servir de referencial ao foco deste estudo, ela será analisada mais detalhadamente no tópico seguinte.

O capital também serve para avaliar a situação econômica da empresa, ou seja, ao mesmo tempo suportar as vicissitudes e percalços de sua atuação no mercado e ter capacidade de gerar lucros.⁶⁹ Não são raros os casos em que se verifica a necessidade de analisar a

66 RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a desconsideração da personalidade jurídica*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 183-184. A doutrinadora informa que esse conjunto de decisões relaciona-se aos casos de liberdade de estabelecimento, ou seja, da possibilidade de sociedades validamente constituídas em um Estado-membro virem a exercer atividades em outro, quando este impõe a observância de capital mínimo, como também quando estabeleçam sanções relacionadas ao seu descumprimento (nomeadamente, consistentes na responsabilidade solidária dos administradores, quando o capital não atinge o montante mínimo previsto pela legislação nacional ou quando desce, no decurso da sua atividade, abaixo desse montante).

67 Vale transcrever, aqui, as palavras de Paulo Leonardo Vilela Cardoso, na defesa da exigência de capital mínimo para a constituição da empresa individual de responsabilidade limitada: “A EIRELI, frise-se, foi constituída para dar segurança tanto ao empreendedor, que saberá ser aquele montante suficiente para dar início a atividade e capaz de suportar eventual fracasso no empreendimento, quanto, também, aos fornecedores e credores, pois saberão, conta a conta, passo a passo, o potencial de lucratividade da empresa e se possui ou não patrimônio suficiente para arcar com eventuais obrigações e encargos”. *O empresário individual de responsabilidade limitada*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100.

68 DOMINGUES, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 139.

69 Nuri Rodriguez Olivera, na doutrina uruguaia, esmiúça esta função do capital social, lecionando: “*Cuando una sociedad se constituye con ciertos aportes, el monto de éstos (capital integrado) ha de coincidir con el patrimonio inicial; pero en cuanto la sociedad comienza su actividad económica, el patrimonio ha de variar al ritmo de los resultados de esa actividad. El monto del patrimonio neto – concepto jurídico – relacionado con la cifra del capital que figura en el balance, refleja el desenvolvimiento económico de una sociedad. Si el valor del patrimonio va en aumento con respecto a la cifra del capital, ello significa que la sociedad ha mejorado su situación inicial. Si disminuye, ello significa que la sociedad está en dificultades económicas, que ha perdido bienes integrados al capital o los ha grabado con pasivos*”. Op. cit., p. 23-24.

saúde financeira da entidade empresária, tanto pelos seus membros ou instituidor como por terceiros que com ela travam as suas relações negociais.

Para aqueles que realizam investimentos na empresa, a cifra do capital servirá como parâmetro para *alertas* sobre perdas acentuadas que venham a comprometer a própria viabilidade da atividade econômica e justificar a oportunidade de novos aportes ou mesmo de repensar os rumos a serem seguidos na condução dos negócios. Para os terceiros, tomando-se o capital como referência, se poderá obter uma exposição da situação econômica real, permitindo a adequada escolha sobre a formação de contratos ou mesmo realização de investimentos.

A função de socialização, por fim, é voltada às formas societárias, mormente às companhias, sempre receptivas à dispersão do capital em grande número de investidores, proporcionando clara separação entre propriedade e controle e criando o fenômeno que Paulo de Tarso Domingues designou de surgimento de *quase terceiros*, ou seja, sócios que não pretendem ter qualquer intervenção na direção dos negócios da empresa, desejando apenas receber a remuneração do capital investido, mediante a percepção do dividendo distribuído pela sociedade.⁷⁰

5 A crise da noção de capital social no cenário do mercado atual

A existência de estudos dos princípios norteadores e das funções que são esperadas e desejadas do capital não se mostram suficientes para evitar um fenômeno que tem ocupado a

70 DOMINGUES, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 186.

literatura jurídica dos mais diversos países: a chamada *crise do capital*.

O rigor técnico dos postulados sobre o capital empresarial não é suficiente para evitar que, em total descompasso com a realidade, ocorra a perda acentuada de bens, sem que tal situação econômica negativa venha a repercutir na estabilidade do capital indicado no respectivo ato constitutivo. A importância que a doutrina jurídica outorga à noção de capital parece não possuir qualquer ressonância no ambiente da prática empresarial.

Essa referida *crise do capital* social pode ser focada sobre diversos aspectos, passando inicialmente pela defasagem da importância da concepção meramente nominal deste, pois se sabe que os fundos aportados para a formação do capital não estão guardados em uma gaveta, aguardando o momento adequado para efetivamente servirem de garantia aos credores, mas estão, sim, investidos e afetados à realização dos negócios da entidade empresária.

Os fortes questionamentos em relação à visão clássica sobre a noção de capital empresarial levaram o Direito Europeu a editar, em 13 de dezembro de 1976, a Segunda Diretiva em matéria societária, destinada ao tratamento das questões referentes à constituição, integralização e alterações do capital nas sociedades anônimas. Entretanto, essa diretiva manteve-se apegada à estrutura tradicional do capital, com forte ênfase na sua função de garantia, embora tenha indicado a aceitação das ações sem valor nominal. Essa preocupação com a função do capital como instrumento de garantia dos credores é visivelmente demonstrada na preocupação com a qualidade dos bens que servem de aporte

para a integralização dos fundos econômicos quando da constituição da sociedade.⁷¹

O sistema jurídico norte-americano, por sua vez, desenvolveu forma diferenciada de tratamento da figura do capital, pois o colocou a desempenhar um papel de caráter secundário no cenário do direito empresarial. Desde 1980, a partir do implemento do *Revised Model Business Corporation Act*, elaborado pela *American Bar Association*, houve o abandono da exigência do capital como elemento de constituição de entidades empresárias. Entretanto, cabe lembrar que o *Revised Model Business Corporate Act* não tem caráter impositivo, portanto, a sua adoção não alcança a integralidade dos Estados norte-americanos.

Em alguns Estados, como a Califórnia, a exigência de capital também deixou de existir, em que pese algumas outras unidades federativas ainda cultuarem a noção de capital nominal, como ocorre em Delaware, onde a *Delaware General Corporation Law (DGCL)*, em seu § 154, mantém esta exigência.⁷² Situ-

71 Miguel C. Araya observa que “el contenido del texto comunitario, relativo a la cualidad de los bienes aportables, debe ser sometido a un triple análisis: a) debe tratarse de un bien, idóneo para ser cambiado por dinero, un bien que presente la nota de ‘patrimonialidad’. Por supuesto que esto incluye en la definición tanto los bienes materiales como los inmateriales, y excluye expresamente el aporte de industria; b) en segundo lugar, la doctrina mayoritaria, continuando una concepción europea en la materia, exige que los bienes objeto de la aportación ‘pueden ser inscriptos en el activo del balance. Los bienes no susceptibles de ser valorados en forma objetiva no pueden ser objeto de aportación a la sociedad, ya que se contraponen con la función de garantía que esa directiva asigna al capital social; c) en tercer lugar, corresponde analizar si los bienes susceptibles de aportación, además de las exigencias antes indicadas deben ser ‘ejecutables’ o ‘expropiables’”. No entanto, logo a seguir o autor explica que este último aspecto não chegou a ser contemplado pela Segunda Diretiva sobre sociedades. Op. cit., p. 228.

72 “§ 154. Determination of amount of capital; capital, surplus and net assets defined. Any corporation may, by resolution of its board of directors, determine that only a part of the consideration which shall be received by the corporation for any of the shares of its capital stock which it shall issue from time to time shall be capital; but, in case any of the shares issued shall be shares having a par value, the amount of the part of such consideration so determined to be capital shall be in excess of the aggregate par value of the shares issued for such consideration having a par value, unless all the shares issued shall be shares having a par value, in which case the amount of the part of such consideration so determined to be capital need be only equal to the aggregate par value of such shares. In each such case the board of directors shall specify in dollars the part of such consideration which shall be capital. If the board of directors shall not have determined (1) at the time of issue of any shares of the capital stock of the corporation issued for cash or (2) within 60 days after the issue of any shares

ação semelhante também é verificada na *New York Corporation Law (NYCL)*.

Miguel C. Araya, ao traçar um panorama sobre as diferenças entre o sistema societário norte-americano e o modelo europeu, no tratamento destinado ao capital empresarial, indica que no primeiro a noção de capital tem sido focada como instrumento para atender ao tensionamento entre os direitos dos sócios e os interesses dos credores sociais. Ainda, com fulcro nas lições de Manning e Hanks, Araya explica:

El interés de los acreedores de la sociedad y el interés de los accionistas de la sociedad son contrapuestos cuando los bienes de los accionistas son comprometidos por deudas de la sociedad y cuando los bienes de la sociedad son distribuidos por la misma. Los accionistas buscan minimizar lo primero y maximizar lo segundo. Los acreedores, lo opuesto. [...] El aparato legal construido por el common law acerca del capital legal está fundamentalmente orientado a encontrar una parcial acomodación a ese conflicto de intereses.⁷³

of the capital stock of the corporation issued for consideration other than cash what part of the consideration for such shares shall be capital, the capital of the corporation in respect of such shares shall be an amount equal to the aggregate par value of such shares having a par value, plus the amount of the consideration for such shares without par value. The amount of the consideration so determined to be capital in respect of any shares without par value shall be the stated capital of such shares. The capital of the corporation may be increased from time to time by resolution of the board of directors directing that a portion of the net assets of the corporation in excess of the amount so determined to be capital be transferred to the capital account. The board of directors may direct that the portion of such net assets so transferred shall be treated as capital in respect of any shares of the corporation of any designated class or classes. The excess, if any, at any given time, of the net assets of the corporation over the amount so determined to be capital shall be surplus. Net assets means the amount by which total assets exceed total liabilities. Capital and surplus are not liabilities for this purpose. Notwithstanding anything in this section to the contrary, for purposes of this section and §§ 160 and 170 of this title, the capital of any nonstock corporation shall be deemed to be zero."

73 Op. cit., p. 232. O doutrinador explica que, no sistema jurídico norte-americano, "originariamente, sin embargo, la noción de capital legal (siglo XIX) tenía una marcada similitud con el sistema tradicional. El capital estaba formada por una cifra representativa del valor de los bienes aportados por los socios al momento de la constitución de la sociedad (stated capital). En el estatuto constitutivo debía figurar ese importe, distinguiéndose entre capital autorizado y capital suscrito. El capital se representaba en acciones, con valor nominal (par value). El capital social, era en consecuencia, la multiplicación del número de acciones emitidas por su valor nominal. Las reglas así fijadas variaron substancialmente durante el siglo XX. El valor nominal de las acciones (per value) que era usualmente alto durante el siglo XIX (high par stock) fue abandonado y reemplazado, primeramente por valor nominal bajo (low par stock) y más tarde, en algunos Estados, directamente sustituido por las acciones sin valor nominal (no par stock)."

Pode-se afirmar que atualmente a forma como a maioria dos Estados no sistema norte-americano contemporiza o conflito de interesses entre os sócios e credores prescinde da noção de capital, substituindo-o por critérios de verificação da solvência da empresa.

A insolvência da empresa é verificada pela aplicação do chamado *double test*, composto pelo *equity insolvency test* e o *bankruptcy test*. O *equity insolvency test* permite analisar se a sociedade se mostra capaz de pagar suas dívidas no respectivo vencimento no curso normal de suas atividades, enquanto o *bankruptcy test* – ou *balance sheet – based test* – verifica o valor do ativo total da sociedade frente ao passivo, tomando em consideração o momento do pagamento dos acionistas privilegiados em caso de liquidação.

Essa nova fórmula acaba por colocar o capital, mero argumento histórico, cultural ou psicológico na tarefa de atuação, como instrumento hábil a servir de garantia dos credores, chegando-se a afirmar que, nas sociedades por ações, a noção de valor nominal estaria obsoleta.⁷⁴ Maria de Fátima Ribeiro, na doutrina lusitana, com o olhar sobre a doutrina germânica, constata o surgimento de uma alternativa que pode se mostrar mais eficiente para a tutela dos credores sociais, consubstanciada no recurso ao seguro obrigatório dos riscos da atividade, ou seja, uma forma de internalização dos custos por parte das empresas que desenvolvem as atividades que os originam.⁷⁵

74 Cabe notar que o sistema norte-americano funda-se essencialmente no modelo das companhias de capital aberto – *public corporation* –, no que se difere substancialmente da orientação do sistema europeu continental e também do brasileiro, onde há um inequívoco predomínio das companhias de capital fechado. Por conseguinte, a proteção dos acionistas no ordenamento norte-americano é tarefa assumida pelo próprio mercado.

75 RIBEIRO, Maria de Fátima. Op. cit., p. 179.

5.1 O debate sobre a exigência de capital inicial mínimo como forma de efetividade da função de garantia do capital social

O debate sobre a adequação da intervenção estatal no sentido de impor a constituição de capital mínimo para a constituição de entidades empresárias já vem ocupando o cenário acadêmico do Direito Comercial mundial há razoável tempo, proporcionando construções argumentativas sólidas em ambos os sentidos.

A imposição de existência de capital mínimo oferece uma série de vantagens, o que levou Raúl Ventura a afirmar o seguinte:

desistir da fixação dum capital mínimo parece conduzir a pior resultado prático, pois seria abrir a porta à inviabilidade declarada e, por outro lado, permitir ainda mais facilmente a limitação da responsabilidade dos sócios a montantes irrisórios, ou seja, aceitar claramente uma irresponsabilidade de facto dos associados.⁷⁶

A principal linha argumentativa daqueles que se posicionam de forma favorável à fixação de capital mínimo para o desempenho da atividade empresária encontra-se, portanto, na ideia de reforço da atuação do capital como mecanismo de tutela dos interesses dos credores sociais. Nesta ótica, Maria de Fátima Ribeiro nota que os autores que rejeitam a eficácia e a necessidade da imposição do capital mínimo

veem-se a braços com a questão da tutela dos chamados “credores fracos”, ou “involuntários”, uma vez que estes não conseguem defender de forma satisfatória os seus interesses através da negociação com a sociedade. [...] Ou porque, simplesmente não se encontram em posição de o fazer, ou porque,

⁷⁶ VENTURA, Raúl. *Sociedade por Quotas: Comentários ao Código das Sociedades Comerciais*. v. I. Coimbra: Almedina, 1989, p. 113.

embora lhes assista essa possibilidade, os custos a suportar são, face à dimensão do crédito em causa, inoportáveis.⁷⁷

A simples exigência de capital mínimo para a constituição não representa garantia de adequada – ou suficiente – capitalização da empresa. Essa realidade vem acompanhada de duas *armadilhas*, que acabam por torná-la inapta para atingir os seus reais intuitos, a saber:

- a) a possibilidade de incongruência entre o capital inicialmente indicado e as verdadeiras necessidades e riscos do objeto social, de forma que, em entidades que possuem atividade de maior porte, a existência de eventual piso legal indicado poderá demonstrar-se insuficiente ou até mesmo inócuo;
- b) a ausência de garantias que afastam o risco de desgaste superveniente do capital, decorrentes, *v.g.*, da ausência de previsão normativa de atualização da cifra do capital, de forma a recompor as perdas decorrentes de surtos inflacionários.

A práxis demonstra claramente que a simples exigência de capital mínimo para a constituição da empresa individual não servirá, por si só, como instrumento suficiente para que este venha a exercer a sua função maior de garantia dos credores. Somente o monitoramento dessa função, com a imposição de mecanismos legislativos adequados que possam manter a atualização do valor, é que ocorrerá a efetivação da intangibilidade do capital. Nesse aspecto, infelizmente, o direito pátrio tem assumido uma posição de total omissão limitando-se apenas a dispor que a distribuição de lucros ou quaisquer outras quantias, em

77 RIBEIRO, Maria de Fátima. Op. cit., p. 178-179.

prejuízo do capital, gera a obrigação de restituição. Trata-se de previsão meramente formal e que facilmente pode mostrar-se integralmente inócua, na medida em que, se o capital previsto no ato constitutivo estiver depreciado, tal garantia torna-se pífia.⁷⁸

O debate sobre a oportunidade de exigência de capital mínimo foi retomado no cenário nacional com o advento da empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli), em relação à qual é imposta a observância de capital empresarial equivalente ao valor de 100 salários mínimos para a sua constituição.⁷⁹

5.2 O problema da subcapitalização societária

O tema do capital social, além de todo o debate sobre a identificação dos princípios que lhe servem de orientação e da dificuldade de eleição de um critério adequado sobre a viabilidade de determinação de valor mínimo como requisito para a constituição das modali-

78 Valendo-se das lições do direito comparado, Ricardo Olivera García faz referência à experiência do sistema norte-americano onde o cuidado com a efetividade da função de garantia do capital empresarial se mostra mais preciso. Vejamos: *“a los efectos de proteger los derechos de los acreedores sociales, estos textos normativos recurren al concepto de ‘distribution’, estableciendo limitaciones para ella. Se entiende por ‘distribution’ toda transferencia de recursos de la sociedad al accionista que tenga su causa en el contrato social, ya sea por concepto de dividendos, de rescate de acciones o de cuotas de separación o liquidación. En este régimen, la ‘distribution’ no se encuentra sujeta a la existencia de beneficios o de reservas libres – tal como se exigía por el Model Bussines Corporation Act anterior a 1980 –, sino que se requiere que la sociedad satisfaga previamente dos tests financieros, que son habitualmente exigidos en la práctica por los prestamistas institucionales: el ‘equity insolvency test’ y el ‘balance sheet test’. De acuerdo con el ‘equity insolvency test’, la ‘distribution’ será ilícita si antes de la ‘distribution’ la sociedad es insolvente o deviene a la sociedad que no es capaz de pagar sus obligaciones a su respectivo vencimiento en el curso ordinario de sus negocios. De acuerdo con el ‘balance sheet test’, la ‘distribution’ será ilícita si, como consecuencia de ella, el total de los activos sociales es inferior a la suma del total de sus pasivos. En el derecho norteamericano la decisión de la ‘distribution’ corresponde al órgano de administración, el que deberá prever, en oportunidad de ella, la evolución futura del negocio y las expectativas de ingresos y gastos. Las consecuencias de una ‘distribution’ ilícita serán la responsabilidad de los administradores y la obligación de restitución de lo percibido por los accionistas de mala fe”*. Op. cit., p. 383-384.

79 Código Civil, art. 980-A: “A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País”.

dades empresárias, também traz à tona a questão da sua suficiência para corresponder aos riscos da atividade, quer no momento de criação da entidade societária ou mesmo no decorrer de sua existência, que correspondem, respectivamente, à *subcapitalização* e a *descapitalização*.⁸⁰

A doutrina do Direito Mercantilista enxergou na designação *subcapitalização* – *infracapitalización, sottocapitalizzazione, inadequate capitalization, undercapitalization* – a expressão mais adequada a reproduzir com nitidez a noção de ausência de correspondência entre o capital social e a responsabilidade empresarial. Nesse sentido, parte-se do princípio de que a limitação de responsabilidade se legitima na constituição e conservação de um patrimônio suficiente para suportar os riscos econômicos normalmente verificados em certa atividade comercial, de modo a proporcionar segurança mínima aos credores e parceiros comerciais da atividade. Entretanto, quando isso não se verifica, temos a ocorrência da *subcapitalização*.⁸¹

É importante esclarecer que não há um parâmetro exato capaz de medir de forma objetiva a adequação do capital social, de forma que a sua insuficiência somente poderá ser aferida em função do próprio objeto da sociedade ou de sua atuação.⁸²

80 Nuri Rodríguez Olivera apresenta interessante referência ao que designa como *sobrecapitalização*, para indicar a hipótese em que o capital social vem a se mostrar excessivo frente às necessidades da sociedade. O autor explica: “cuando se fije una cifra de capital, podrá suceder que la sociedad esté supracapitalizada o infracapitalizada en función de las necesidades del giro. Se dice que una sociedad está infracapitalizada cuando su capital propio no es suficiente para la clase y volumen de la actividad prevista o efectivamente realizada, viéndose entonces en la necesidad de recurrir a crédito de terceros. Esta supracapitalizada cuando los aportes exceden las necesidades del giro”. Op. cit., p. 10.

81 Nadia Zorzi, na doutrina italiana, conceitua a *sottocapitalizzazione* como a situação de uma sociedade na qual “il capitali di cui è dotata non è sufficiente a soddisfare il suo proprio fabbisogno finanziario a médio e lungo termine (non copribile attraverso crediti di terzi), calcolato basandosi sul tipo e sul volume dell’attività econômica programmata (e dunque potenziale) ed effettività econômica programmata (e dunque potenziale) ed efetiva, prendendo in considerazione i metodi di finanziamento utilizzati”. *L’abuso della personalità giuridica*. Padova: CEDAM, 2002, p. 111.

82 Nesse sentido é a lição de António Menezes Cordeiro, em: *O levantamento da personalidade coletiva no Direito Civil e Comercial*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 118.

Essa problemática acerca da necessária existência de proporção entre o capital empresarial e o tipo e porte da atividade proposta no ato constitutivo tem ocupado a atenção da doutrina *jusmercantilista* europeia desde meados da segunda metade do século passado, colocando em destaque o que se convencionou por designar de *princípio da adequação do capital social* ou da *assunção adequada dos riscos*⁸³, num evidente menosprezo à mera observância sectária dos clássicos postulados da necessidade e da liberdade no valor do capital. Tal orientação assume a postura de verdadeiro princípio geral do direito societário, implícito em qualquer sistema jurídico, pois, como leciona Pedro Cordeiro, negar a sua existência significaria afirmar que o legislador, através da figura da pessoa jurídica, quis abrir a possibilidade de uma empresa desenvolver a sua atividade com capital claramente insuficiente em relação aos seus objetivos, transferindo assim o risco somente para os credores da sociedade, o que seria, por óbvio, um absurdo.⁸⁴

Maria de Fátima Ribeiro assevera que o problema da capitalização pode ser verificado com mais frequência nas sociedades de capitais com estrutura personalista, mormente nas sociedades limitadas, que são tendencialmente *fechadas*, eis que, de forma diversa das sociedades anônimas, não são vocacionadas para o objetivo de captar junto do público investidor os meios de financiamento suficientes para a exploração da atividade constitutiva de seu objeto social.⁸⁵ De outra banda, Cândido Paz-Ares aponta que também nos grupos societários poderá ser constatada certa tendência à *subcapitalização*, pois nesses casos a função da limitação de responsabilidade não é

83 Expressão utilizada por Pedro Cordeiro, em: *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*. Lisboa: AFDL, 1989, p. 96.

84 Id.

85 RIBEIRO, Maria de Fátima. Op. cit., p. 188-189.

uma função financeira no sentido de estar a serviço da captação de recursos, mas precisamente uma função de diversificação de riscos.⁸⁶

A inexistência da adequação da base econômica que serve de sustento à atividade empresarial acarreta, portanto, à verificação da *subcapitalização*, que pode ser classificada, entre outros critérios possíveis, em *subcapitalização* nominal e material.

Antônio Menezes Cordeiro explica que, na modalidade da *subcapitalização* nominal, a sociedade considerada encontra-se esteada em uma base econômica, tendo um capital formalmente insuficiente para o objeto ou para os atos a que se destina⁸⁷, numa situação em que o capital provém de recursos de terceiros, encontrando-se total ou em grande parte comprometidos com estes. Aqui também estão alocadas as situações em que o capital/patrimônio da entidade está vinculado a empréstimos que os sócios realizam à empresa, geralmente agregados à consignação de condições privilegiadas em eventual concurso de credores, como, *v.g.*, os casos de alienação de bens pessoais dos sócios à sociedade com a inserção da cláusula de reserva de domínio.⁸⁸ Tais situações representam formas de *empréstimos indiretos*, proporcionando certo caráter duplo aos sócios, concebendo o que Pedro Cordeiro designou como *sócio-credor*.⁸⁹ Nessa hipótese, apesar da entidade ser sa-

86 PAZ-ARES apud RIBEIRO, Maria de Fátima Ribeiro. *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a desconsideração da personalidade jurídica*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 188.

87 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Op. cit.*, p. 118.

88 Sobre essa espécie de *subcapitalização*, Carmen Boldó Roda observa: “*los socios, en vez de financiar la sociedad mediante los convenientes aumentos de capital, optan por llevar a cabo la financiación por medio de créditos o préstamos que ellos mismos conceden a la sociedad, para beneficiarse de la condición de acreedores en las situaciones de suspensión de pagos o quiebra*”. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español*. 2. ed. Navarra: Aranzadi Editorial, 1997, p. 425.

89 CORDEIRO, Pedro. *Op. cit.*, p. 98. Sobre essa figura do *sócio-credor*, o autor explica: “este papel duplo assegura-lhe não só uma comparticipação no êxito da empresa – fomentado pela concessão de créditos – como lhe proporciona ainda, em relação a terceiros, uma visão mais clara da situação financeira da sociedade e uma influência decisiva na sua evolução económica”. E arremata: “ora, esta possibilidade de intervenção e permanente controlo do risco assumido – que não existe para os restantes credores – não pode deixar de ser valorada, não devendo os sócios mutuantes ser equiparados aos outros dadores de crédito”.

tisfatoriamente dotada dos meios econômicos para o exercício de sua atividade, estes não podem ser considerados como *capital próprio* ou *capital de risco*, mas, sim, como designou Giuseppe Portale, de *capital de crédito*.⁹⁰ Este mesmo autor informa que o risco da *subcapitalização* nominal para os credores já era debatido no sistema germânico desde a década de 30 do século passado, quando a jurisprudência do *Reichsgericht* notava que essa modalidade de *financiamento* conservava ao sócio a possibilidade de, em casos de insucesso da empresa, assumir a condição de credor em posição de vantagem em sede de concurso com os demais credores da entidade.⁹¹

Carmen Boldó Roda informa que as práxis jurisprudenciais norte-americana e germânica apresentam solução coincidente para os casos de subcapitalização nominal, determinando que os fundos provenientes dos empréstimos dos sócios e dos bens destes adquiridos pela entidade com alguma espécie de garantia especial e ainda não quitados passem a ser tratados como se fossem aportes sociais.⁹²

90 PORTALE, Giuseppe. Capitale sociale e società per azione sottocapitalizzata. *Rivista della Società*, ano 36, 1991, p. 29.

91 PORTALE, Giuseppe. Op. cit., p. 30. Segundo o autor “*in Germania in modo particolare nella prassi delle società a responsabilità limitata, questo tipo di sottocapitalizzazione ha trovato una regolamentazione nella novella di riforma (1980) della legge sulla società a responsabilità limitata (§§ 32ª e 32b GmbHG), regolamentazione che, tuttavia, deve essere integrata da una serie di principi di diritto giurisprudenziale e dottrinali. Tralasciando i dettagli del complesso sistema che risulta da questa rete di regole, per quanto qui interessa è sufficiente dire, per il momento che oggi, per diritto tedesco, nel caso di assoggettamento della società ad una procedura concorsuale, tutti i crediti concessi dai soci alla società, direttamente o indirettamente (ad es.: con il rilascio di garanzie a terzi), devono essere trattati come ‘capitale proprio’ se la società, nel momento in cui ha avuto il finanziamento, non era più in grado di ottenere credito (c.d. Kreditwürdigkeit) alle normali condizioni di mercato (si parla di prestiti dei soci sostitutivi del capitale proprio: Eigenkapitalersatzende Gesellschafterdarlehen)*”.

92 RODA, Carmen Boldó. Op. cit., p. 425. Em relação à matéria no sistema jurídico norte-americano, merece ser referida interessante pesquisa de campo levada a cabo por Robert B. Thompson, realizada na década de 90. Nela, esse jurista aponta que, apesar da *undercapitalization* ser frequentemente citada pela doutrina, em sede pretoriana a sua aplicação não se mostra tão efetiva. E informa: “*of 327 contract cases in which courts pierced the veil, undercapitalization is present only in sixty-one (about 19%); of seventy tort cases in which courts pierced the veil, undercapitalization is present in only nine (just under 13%). A piercing result was somewhat more likely in the tort cases in which undercapitalization was present (75%) than in contract cases (70%), but the small number of tort cases in which undercapitalization is mentioned decreases the impact of this difference. In both con-*

Na *subcapitalização* material, a entidade empresária não se encontra aparelhada de suporte econômico suficiente para suportar a álea da atividade, ou mesmo a própria persecução do objeto que dá sentido à sua existência. Há uma efetiva insuficiência de fundos próprios e alheios. Na precisa definição oferecida por Carmen Boldó Roda, essa modalidade é verificada quando *"los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social, ni por la vía de un capital de responsabilidad, ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos"*.⁹³

O tratamento destinado pela ordem pretoriana à *subcapitalização* material acaba por colocar o correto financiamento da empresa como um princípio não escrito do Direito Mercantil, no intuito de proteção dos credores e dos demais interessados na vitalidade econômica da empresa. Partindo-se da premissa de que, num sistema de economia de mercado existe o postulado fundamental, no sentido de que aquele que opera no âmbito da vida econômica deve também suportar os riscos conexos à empresa, impõe-se que haja efetiva congruência entre o capital e o escopo e dimensão da atividade – *Geschäftszweck und Geschäftsumfang* – cuja sanção pela inobservância poderá acarretar a responsabilidade ilimitada dos sócios ou instituidores⁹⁴, trazendo à tona a oportunidade para reflexões sobre

texts, courts refused to pierce in 25 to 30% of the cases even when undercapitalization was present, belying any automatic predictive value for that factor". Piercing the corporate veil: an empirical study. Cornell Law Review, v. 76, jul. 1991, p. 1065.

93 RODA, Carmen Boldó. Op. cit., p. 421.

94 Analisando essa temática na jurisprudência tedesca, António Menezes Cordeiro leciona: "com recurso à jurisprudência, encontramos, desde logo, situações nas quais a subcapitalização visou diretamente prejudicar credores. Assim: - RG 16-Nov.-1937: é contrário à boa-fé e aos bons costumes criar uma sociedade por quotas só com o objetivo de limitar a responsabilidade, concluir negócios com ele a e agir à custa dos efectivos credores; - OLG Karlsruhe 13-Mai.-1977: a utilização propositada, perante um banco, duma sociedade subcapitalizada, gera responsabilidade por contrariedade aos bons costumes (§ 826 do BGB);- BGH 30-Nov.-1978: a manutenção duma sociedade subcapitalizada gera responsabilidade quando se actue directamente contra os bons costumes" Op. cit., p. 119.

a aplicação do instrumento da desconsideração da personalidade jurídica, positivada em especial no art. 50 da Codificação Civil:

[...] em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.⁹⁵

Essa solução já vinha apontada no clássico estudo de Fábio Konder Comparato sobre o poder de controle nas sociedades anônimas, lecionando: “é importante notar que o dever de capitalização da empresa constitui um princípio geral de direito mercantil”.⁹⁶ Nessa obra, o jurista indica precedentes dos sistemas jurídicos norte-americano e germânico, simpáticos à responsabilização pessoal dos controladores nos casos de *subcapitalização* nas sociedades anônimas.⁹⁷

95 Sobre o tema da teoria da desconsideração e de sua positivação na legislação civil, remetemos o leitor ao nosso estudo: *A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil*. Revista de Direito Privado, v. 10, abr. 2002, p. 69-85. Não é diversa a forma como a questão da subcapitalização material é encaminhada no Direito Espanhol, pois, conforme informa Carmen Bol-dó Roda, “*la infracapitalización material puede justificar la exigencia de la responsabilidad civil (y en su caso incluso penal) de los administradores y el levantamiento del velo de la persona jurídica de la sociedad, haciendo responder personalmente a los socios*”. Op. cit., p. 422.

96 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Atualizado por Calixto Salomão Filho. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 450.

97 Ibid., p. 450-452. O autor informa: “nos Estados Unidos, os tribunais fixaram o princípio de que, quando o capital de uma companhia é manifestamente insuficiente para o exercício de sua atividade empresarial, o controlador (*active shareholder*) não pode opor o princípio da separação patrimonial, para evitar a execução dos créditos sociais sobre os seus bens, no caso de insolvabilidade da companhia. A manutenção da exploração empresarial, nessas condições, representa um risco criado, deliberadamente, perante terceiros”. E acrescenta: “igualmente, na Alemanha Federal, a insuficiente capitalização de uma sociedade mercantil tem fundamentado a desconsideração da personalidade jurídica, apreendendo-se, através desta, os bens particulares dos sócios ou acionistas (*Durchgriff*)”. Por fim, arremata: “a doutrina germânica justifica esse resultado com base na teoria da ‘finalidade normativa’, ou seja, considerando-se a deficiente capitalização da companhia como desvio da função ou finalidade do instituto, na economia societária”. Mais recentemente, o tema foi abordado por Gustavo Saad Diniz em estudo específico (*Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012).

Calixto Salomão Filho, por sua vez, identifica duas possibilidades para a *subcapitalização*, entendendo que esta poderá assumir a forma qualificada ou simples.⁹⁸ Na primeira hipótese, designada pelos juristas norte-americanos *gross undercapitalization*, a desproporção – inadequação – do capital da entidade é evidente, ocorrendo manifesta insuficiência econômica de sustento dos fins empresariais a ponto do *risco da atividade* ser efetivamente trasladado somente aos credores, ensejando a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e, portanto, levando à responsabilidade pessoal dos sócios.⁹⁹ Na *subcapitalização* simples, a falta de conexão entre o capital e os riscos da atividade não se fazem tão evidentes, a sugerir que a questão está a requerer elevado grau de amadurecimento doutrinário e jurisprudencial para o seu tratamento. Com base nisso, Calixto Salomão Filho afirma que é necessário demonstrar o elemento subjetivo, ou seja, a culpa ou dolo dos sócios em não prover o capital suficiente à atividade social, para que se possa atribuir a estes a extensão da responsabilidade societária.¹⁰⁰

Analisando a temática no direito espanhol, Rosa Otxoa-Errarte Goikoetxea aponta que a *subcapitalização*, de regra, não é tomada como único motivo ensejador capaz de por si determinar a responsabilização dos sócios. E explica:

La infracapitalización es sólo uno de los varios factores en los que se fundamenta la desestimación de la personalidad de la sociedad. Junto con la misma aparecen el fraude, la confusión

98 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 90.

99 Nesse mesmo sentido, posiciona-se Joaquim Antonio de Vizeu Penalva Santos, no estudo: Sociedade anônima, subcapitalização, desconsideração da personalidade jurídica da sociedade anônima. *Revista EMERJ*, n. 14, 2001, p. 74-77.

100 SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 91. O autor pondera: “sancionar a subcapitalização nessas hipóteses parece um rigor excessivo. Com efeito, se o legislador não impõe a obrigação de capital mínimo, é difícil exigir do sócio que faça a previsão correta no momento da constituição da sociedade”. E conclui: “o mais correto parece ser considerar a fixação do montante do capital como componente da ‘*business judgement rule*’ do sócio e admitir a desconsideração somente nos casos em que a subcapitalização for extremamente evidente (qualificada)”.

*de patrimonios, el incumplimiento de formalidades exigidas por el derecho societario, etcétera.*¹⁰¹

Certamente um dos enfoques que também merece atenção no estudo da *subcapitalização* é aquele referente à possibilidade de esta vir a se consolidar no decorrer da vida da entidade empresária, pondo por terra toda a função que é idealizada para a referida cifra, o que é conhecido como *subcapitalização superveniente* ou *posterior*, também conhecida por alguns autores por *descapitalização*. Seguiremos aqui no magistério de Maria de Fátima Ribeiro, que na doutrina portuguesa distingue essas expressões, explicando:

na descapitalização foram colocados ao dispor da sociedade meios suficientes para o exercício da atividade que constitui o objeto social, mas, por razões de mercado e em virtude do funcionamento da empresa, o valor do patrimônio da sociedade desceu perigosamente abaixo do nível desses meios considerados suficientes.¹⁰²

Dessa forma, nessa espécie não há malícia ou atuação indevida que possa ser atribuída aos sócios ou administradores da entidade societária. Esta não é voluntariamente causada por aqueles, que na verdade acabam por ver também seus interesses

101 GOIKOETXEA, Rosa Otxoa-Errarte. *La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad*. 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2011, p. 242. A doutrinadora acrescenta: "Sí encontramos referencias jurisprudenciales que recogen la infracapitalización como uno de los supuestos en que es aplicable la doctrina del levantamiento del velo, pero con un tratamiento insuficiente de la cuestión. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 16 de julio de 2009, ante la pretensión del demandante de reconocimiento del abuso por la demandada de la personalidad jurídica societaria 'por infracapitalización de la sociedad, la confusión de patrimonios y los actos de fraude en perjuicio de los acreedores', señala que 'la infracapitalización es solamente un indicio de por sí insuficiente de dicho abuso'. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de octubre de 2007 también menciona la infracapitalización como supuesto de posible de aplicación de la doctrina sobre el levantamiento del velo. Y aun reconocimiento que el caso representa 'una clara situación de infracapitalización' añade que 'lo fundamental es que no se ha probado que tal escasa capitalización tuviera por objeto defraudar a los acreedores', elemento que la jurisprudencia exige para aplicación de esta doctrina". p. 243.

102 RIBEIRO, Maria de Fátima. Op. cit., p. 190.

ameaçados. Já a hipótese de *subcapitalização superveniente* ou *posterior* é motivada por conduta dos sócios que conscientemente tomam decisões que podem levar a sociedade a necessitar de mais recursos patrimoniais, mas se omitem em provê-los de forma satisfatória. Essa situação pode ocorrer nos casos de modificação do objeto social, ampliação expressiva das atividades societárias, entre outras situações que proporcionem o desnivelamento do capital em relação à base patrimonial adequada para a atuação da empresa.¹⁰³

6 Considerações finais

Ao chegar ao crepúsculo deste despretensioso ensaio, dedicado a um dos assuntos mais relevantes do Direito Empresarial, resta a nítida convicção de que o fenômeno que a doutrina tem designado como *crise do capital social*, na realidade, representa efetivamente um processo natural de metamorfose comum aos mais caros conceitos jurídicos da atualidade. É a fase de transição experimentada pela noção do capital social na direção da adaptação às novas realidades negociais e de mercado. Como mais relevante contribuição, o presente ensaio pretende ter demonstrado a necessidade de aceitação do surgimento de um novo estágio da concepção sobre o capital social, trazendo a reboque uma série de implicações tanto no plano teórico como pragmático.

103 Jorge Lobo atenta para essa questão, consignando a sua preocupação, ao afirmar: “tão ou mais importante, todavia, a nosso ver, do que todas essas garantias, salvaguardas, cautelas, é zelar pela realidade do capital social, quer quando da constituição da companhia, quer quando do seu aumento, e, por sua integralidade durante a vida da sociedade, a fim de que o capital possa atingir a sua finalidade, exercer a função para a qual foi concebido por juristas de escol: tutelar os direitos dos credores da companhia”. Fraude à realidade e integralidade do capital social das sociedades anônima. *Seleções Jurídicas: ADV Advocacia Dinâmica*, abr. 1997, p. 6-7.

A redefinição de valores propiciada pela pós-modernidade alimenta a busca de um novo sentido para as principais figuras que decoram o cenário jurídico. O direito na atualidade assume função mais instrumental, a serviço da realização do projeto constitucional de realização de uma sociedade preocupada com a efetivação da justiça em todos os seus quadrantes. Nesse sentido, afigura-se oportuno – e até mesmo necessário – revisitar os princípios e as funções que norteiam a noção de capital social, procedendo a uma releitura voltada à concretização de valores caros não apenas às entidades empresárias, mas também ao mercado.

Toda e qualquer forma de reflexão sobre a temática do capital social só será válida se for orientada no sentido de valorar a sua importância como instrumento de promoção de um Direito Societário capaz de propiciar a segurança e estabilidade necessárias para a obtenção de um sistema de mercado saudável, onde o ganho se faça acompanhar pela lealdade e confiança.

Por outro lado, não se pode olvidar que esses objetivos somente poderão ser alcançados por meio de uma visão que enxergue o capital como ele realmente deve ser compreendido, dentro do quadro do Direito Societário e não como mero patrimônio de afetação. É preciso passar a distinguir o *direito das verdadeiras sociedades* do *direito do patrimônio de afetação*. Não podemos nos contentar com raciocínios míopes, devemos nos engajar em uma reflexão com o espírito aberto ao novo e com a consciência de que estamos diante de uma nova etapa, que certamente não será a última, da evolução do capital social.

Referências

ABREU, J. M. Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*. 4. ed., v. 2. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *Estudo de Direito das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAYA, Miguel C. El capital social. *Revista de Derecho Privado y Comunitário: Sociedades*, ano 2003, n. 2, Rubinzal – Culzoni.

BARBOSA, Denis Borges. Da conferência de bens intangíveis ao capital das sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 37, jan.1980.

BOSCO, Lucas Ramirez. *Responsabilidad por infracapitalización societaria*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela de. *O empresário individual de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO de Mendonça, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 7. ed., v. 3. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963.

CAVALLI, Cassio. Notas sobre a disciplina do capital social nas sociedades limitadas. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, Ed. Forum, ano 10, maio/ago. 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Atualizado por Calixto Salomão Filho. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no Direito Civil e Comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.

CORDEIRO, Pedro. *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*. Lisboa: AFDL, 1989.

CORREIA, A. Ferrer. *Lições de Direito Comercial*. Lisboa, Lex, 1994.

DIAS, Maria Gabriela de Oliveira Figueiredo. *A assistência técnica nos contratos de Know-how*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social: noção, princípios e funções*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ESTRELLA, Hernani. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Jose Konfino Editor, 1978.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1961.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito empresarial: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

GARCIA, Ricardo Olivera. La crisis del concepto de capital social. *R.D.C.O.*, ano 32, n. 187, jul./set. 1999.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. t. 2. Bogotá: Editorial Temis, 1987.

GIRÓN TENA, Jose. *Derecho de Sociedades*. t. 1. Madrid: [s.n.], 1976.

GOIKOETXEA, Rosa Otxoa-Errarte. *La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad*. 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2011.

GONÇALVES NETO, Francisco de Assis. A empresa individual de responsabilidade limitada. *Revista dos Tribunais*, v. 915, jan. 2012.

LOBO, Jorge. Fraude à realidade e integralidade do capital social das sociedades anônimas. *Seleções Jurídicas*, ADV Advocacia Dinâmica, abr. 1997.

MARTINHO, Elisabete de. O princípio da intangibilidade do capital social. *Revisores e Auditores*, v. 41, abr./jun. 2008, p. 52-60.

MARTORELL, Ernesto E. *Sociedades Anónimas*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1994.

OLIVERA, Nuri Rodriguez. *Capital y patrimonio*. Montevideu: Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

PORTALE, Giuseppe. Capitale sociale e società per azione sottocapitalizzata. *Rivista della Società*, ano 35, 1991.

PROVEBEL, Leticia. Considerações à incorporação de bens intangíveis ao capital social das empresas. *Revista dos Tribunais*, v. 801, jul. 2002, p. 78.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a desconsideração da personalidade jurídica*. Coimbra: Almedina, 2009.

RODA, Carmen Boldó. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español*. 2. ed. Navarra: Aranzadi Editorial, 1997.

RUBIO, Jesus. *Curso de Derecho de las Sociedades Anonimas*. 2. ed. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1967.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTOS, Joaquim Antonio de Vizeu Penalva. Sociedade anônima, subcapitalização, desconsideração da personalidade jurídica da sociedade anônima. *Revista EMERJ*, n. 14, 2001, p. 74-77.

SIMONETTO, Ernesto. Concetto e composizione del capital sociale. *Rivista de Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Milano, ano LIV, 1956, p. 48.

SOUZA, Ana Cristina França de. Avaliação da propriedade intelectual e ativos intangíveis. *Revista da ABPI*, mar./abr. 1999, n. 39.

THOMPSON, Robert B. Piercing the corporate veil, an empirical study. *Cornell Law Review*, v. 76, jul. 1991, p. 1036-1074.

VENTURA, Raúl. *Sociedade por Quotas: comentários ao Código das Sociedades Comerciais*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1989.

VERLY, Hérmán. Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad anónima). *La Ley*, 1997-A, p. 756.

WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

XAVIER, José Tadeu Neves. A complexa natureza jurídica da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli. *Revista Síntese de Direito Empresarial*, v. 29, nov. 2012, p. 60-100.

_____. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, v. 10, abr. 2002, p. 69-85.

_____. Reflexões sobre a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli. *Revista de Direito Privado*, v. 54, abr. 2013, p. 197-233.

ZORZI, Nadia. *L'abuso della personalità giuridica*. Padova: Cedam, 2002.

AS CONDIÇÕES DEMOCRÁTICAS DE RONALD DWORKIN E O INSTITUTO DA *JUDICIAL REVIEW*: a democracia é possível aqui?

FRANCISCO JOSÉ BORGES MOTTA¹

1 Considerações iniciais

Meu propósito com este trabalho² é o de propor uma discussão a respeito da compatibilidade entre o instituto da revisão judicial da legislação (*judicial review*) e o respeito pela democracia. Com base na obra de Ronald Dworkin, e por meio de um breve debate com o pensamento do autor neozelandês Jeremy Waldron, defenderei o argumento de que a *judicial review*, no contexto dos Estados cujos arranjos constitucionais a preveem (caso do Brasil), pode e deve ser exercida de modo a *honrar* (e não a *depreciar*) o caráter democrático da comunidade. Para tanto, apresentarei a concepção dworkiniana

1 Mestre e Doutor em Direito Público (Unisinos). Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul.

2 As presentes reflexões integram um trabalho mais abrangente, intitulado *Ronald Dworkin e a Construção de uma Teoria Hermeneuticamente Adequada da Decisão Jurídica Democrática*, tese de doutorado produzida por mim, sob a orientação de Lenio Luiz Streck, e defendida, em junho de 2014, perante a Unisinos.

de *democracia constitucional*, dando ênfase às chamadas *condições democráticas* – aqui entendidas como *garantias* da cidadania de que o poder público de coerção seja exercido com legitimidade.

2 A concepção dworkiniana de democracia constitucional

Na introdução de *O Direito da Liberdade*, Ronald Dworkin observa que não há consenso com relação ao conceito de democracia. Nas suas palavras:

Democracia significa governo do povo. Mas o que significa isso? Nenhuma definição explícita de democracia se estabeleceu em definitivo entre os cientistas políticos ou no dicionário. Muito pelo contrário, a realidade da democracia é objeto de profundas controvérsias.³

Como conceituar, então, a democracia? Dworkin começa a responder essa pergunta mediante o contraste entre duas visões: uma *majoritária* (*majoritarian view*) e outra *comunitária*, ou *em parceria* (*partnership view*), por ele adotada.

Segundo a visão *majoritária*, a democracia é o governo que se pauta pela vontade da maioria, ou seja, que age de acordo com a vontade do maior número de pessoas sob o seu domínio, expressa em eleições com sufrágio universal ou quase universal. Não há garantias de que a maioria vá decidir de modo justo; suas decisões podem bem ser injustas com as minorias, cujos interesses podem ser ignorados. Nesse caso, a democracia pode até ser qualificada como *injusta*, mas não será *menos democrática* apenas por essa razão⁴.

3 DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23-24.

4 DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 131.

Por outro lado, uma visão de democracia *em parceria* implica que o povo governe a si próprio considerando, cada um de seus integrantes, como um parceiro integral (*full partner*) num empreendimento político coletivo. A ideia é que a decisão da maioria somente pode ser considerada democrática quando determinadas condições são atendidas – condições que protejam o *status* e os interesses de cada cidadão *como* um parceiro integral desse empreendimento. Nessa concepção, uma comunidade que ignore os interesses de alguma minoria ou de algum grupo específico é, *exatamente por essa razão*, não democrática.⁵

Dworkin tem bem presente que os Estados Unidos não podem ser considerados uma democracia puramente majoritária, na medida em que a própria Constituição norte-americana limita, de diversas formas, o poder da maioria. A rigor, a instituição dos direitos individuais na *Bill of Rights*⁶ talvez já fosse o bastante para provar esse ponto.⁷ De todo modo, o que Dworkin quer estabelecer, a partir dessa dicotomia, é a existência de uma “profunda disputa filosófica acerca do *valor* ou do *objetivo* fundamental da democracia”; na sua concepção,

a premissa majoritária é uma tese a respeito dos *resultados* justos de um processo político: insiste em que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muitos entre eles, ou seja, pelo menos a decisão que eles favoreceriam se dispusessem de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir.⁸

5 Id.

6 Nome dado ao conjunto das dez primeiras emendas ao texto principal da Constituição norte-americana, ratificadas em 15 de dezembro de 1791.

7 O mesmo poderia ser dito a respeito do Brasil, cujo texto constitucional consagra, inclusive, cláusulas *pétreas*.

8 DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24.

De fato, essa é uma visão bastante familiar dos procedimentos políticos: a de que estes seriam estruturados de modo a, ao menos em assuntos importantes, obter uma decisão endossada pela maioria dos cidadãos (que dispusessem de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir). Até porque essa visão não nega, necessariamente, que haja direitos morais a serem respeitados pela maioria; contudo, decisões contramajoritárias (que contrariem os interesses de uma maioria política), em que pese eventualmente corretas (pensemos em decisões judiciais que considerem inválidas leis inconstitucionais que detenham, nada obstante, forte apoio popular), seriam invariavelmente *lamentáveis* do ponto de vista moral: isso seria *sempre* injusto, “de tal modo que a injustiça permanece mesmo quando existem fortes razões que a justifiquem”.⁹ Dito de outra forma, ainda que se aceitem algumas restrições, a democracia seria *melhor* quando projetada de modo a garantir que as preferências da maioria sejam refletidas nas decisões coletivas.

Por outro lado, a *partnership conception*, proposta e defendida por Dworkin, vai *além* da imposição de alguns limites à premissa majoritária; seu comprometimento com a preservação dos direitos individuais é bem mais radical.¹⁰

Com efeito, o jusfilósofo norte-americano acredita que um Estado Democrático somente encontra justificativa moral e política se garantir (e para isso conta-se com o Direito, vale dizer) *igual conside-*

9 Ibid., p. 25.

10 Lembro que a instituição de direitos contra o Estado decorre, para Dworkin, da combinação entre dois fatores: o reconhecimento da dignidade humana e o ideal da igualdade política. Assim, quem quer que alegue possuir um direito contra o Estado deve demonstrar ou que esse direito é necessário para a proteção de sua dignidade, ou então que de seu reconhecimento depende a manutenção de seu *status* de merecedor de igual consideração e respeito por parte do Poder Público. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 305. É útil ter presente desde já que a noção de dignidade humana adotada por Dworkin consiste numa reformulação do *princípio da humanidade* kantiano. Mais sobre isso na sequência do texto.

*ração e respeito*¹¹ pelas pessoas que estão sob seu domínio. Assim, a maioria não deve ser a juíza suprema de quando seu próprio poder deve ser limitado para protegerem-se direitos individuais. O fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria, caso plenamente informados ou racionais, não é uma meta nem uma definição de democracia. Para o autor, o objetivo da democracia é que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”.¹² Isso não impede que as decisões políticas do dia a dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares; mas esses procedimentos majoritários são exigidos “em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria”.¹³ Perceba-se que, aqui, a eventual adoção de procedimentos não majoritários não é, em si, uma causa de arrependimento moral: é possível que estes encontrem justificativa na proteção ou promoção da igualdade – o que, segundo essa visão, é a própria essência da democracia.

Desse modo, Dworkin passa a sustentar uma *concepção constitucional* da democracia, que assume a seguinte postura diante do governo majoritário: a democracia é um governo sujeito às condições (chamadas *condições democráticas*) de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e res-

11 Não há como exceder a importância que Dworkin atribui à igualdade, ao dever do Estado (*government*) de devotar igual consideração e respeito (*equal concern and respect*) às pessoas que integram a comunidade. Trata-se de um aspecto verdadeiramente central de seus estudos. A explicitação da fundamentação filosófica, moral e política desse direito/dever será, ainda que de modo necessariamente sucinto, abordada no presente texto.

12 DWORKIN, Ronald. *O Direito...* Op. cit., p. 24-26.

13 Id.

peitam as condições democráticas, suas decisões devem ser aceitas por todos. Quando não o fazem, ou quando o fazem de modo insuficiente, suas decisões devem ser consideradas inconstitucionais. E não há qualquer objeção a ser feita, em nome da democracia, a que um tribunal com poderes constitucionais para tanto seja o encarregado de declarar essa inconstitucionalidade.¹⁴

É claro que, de acordo com esse ponto de vista, será sempre problemático estabelecer não apenas *quais são* as condições (ou garantias) democráticas, mas, também, *em que casos* estas foram atendidas ou desonradas. Seja como for, o ponto é: não é em si antidemocrático que desse controle fiquem encarregados os juízes e tribunais.¹⁵ Pelo contrário. Perceba-se que a defesa da intervenção da jurisdição constitucional decorre, para o autor norte-americano, em última análise, *de uma defesa da própria democracia*. Não há uma relação de oposição entre democracia e direitos individuais, uma vez que estes são constitutivos daquela. Preservar a Constituição é proteger a integridade desse arranjo.

Vale explicar que, na raiz desse pensamento, está a concepção de que a Constituição americana adota uma teoria moral específica, a saber: a de que os indivíduos têm direitos morais *contra* o Estado.¹⁶ Dworkin afirma que “o direito constitucional não poderá

14 Ibid., p. 26-27.

15 Cumpre observar que a importância dada por Dworkin à jurisdição constitucional não implica deferência alguma aos juízes em particular. De acordo com o autor, os juízes togados “não são os únicos protagonistas do drama jurídico, nem mesmo os mais importantes”; afinal, um apanhado mais detido das questões da teoria do Direito tem de tomar em consideração os demais agentes cujas decisões afetam os direitos de seus concidadãos (é o caso dos legisladores, promotores de justiça, banqueiros, líderes sindicais etc.). DWORKIN, Ronald. *Levando...* Op. cit., p. 233.

16 Nesse fio é que, para Dworkin, as cláusulas constitucionais (notadamente, aquelas que tratam dos direitos individuais) devem ser entendidas como um apelo a *conceitos morais* (portanto, interpretativos), e não como uma formulação de concepções específicas. E isso exige dos juízes, pois, que estejam preparados para formular questões de moralidade política e para dar-lhes uma resposta. DWORKIN, Ronald. *Levando...* Op. cit., p. 231. Dworkin lembra, ainda, que a Constituição “funde questões jurídicas e morais”, transformando direitos morais em direitos jurídicos. Ibid., p. 285-292.

fazer um verdadeiro progresso enquanto não isolar o problema dos direitos contra o Estado e tornar esse problema parte de sua própria agenda”.¹⁷ E essa postura, por assim dizer, *garantista* deve levar a jurisdição constitucional a, muitas vezes, infirmar entendimentos majoritários ou baseados no *bem comum*. Em definitivo, a perspectiva de ganhos *utilitaristas* não pode justificar que se impeça um homem de fazer o que tem direito de fazer. O respeito pelos direitos envolve, portanto, sacrifícios; e o principal destes deve ser a renúncia a quaisquer benefícios marginais que se possam obter, caso ignorados os direitos individuais, quando estes se mostrarem *inconvenientes*.¹⁸ É que a instituição de direitos contra o Estado não é, para Dworkin, um “presente de Deus”, um “antigo ritual” ou um “esporte nacional”; trata-se, aí sim, de uma noção decorrente de duas ideias importantes: dignidade humana e igualdade política, segundo a qual mesmo os membros mais frágeis da comunidade política têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito que o governo concede a seus membros “mais poderosos”.¹⁹

Entenda-se, então: é justamente porque o Direito deve afirmar, em sua maior parte, o ponto de vista da maioria sobre a natureza do bem comum, que a instituição dos direitos é decisiva; ela representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas. Por isso é que Dworkin dirá que, “se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério”.²⁰ Ambos (lei e direitos) são constitutivos da democracia.

Pois bem. Feitas essas ponderações, retomemos agora o contraponto entre as concepções *majoritária* e *constitucional* de demo-

17 Ibid., p. 233.

18 Ibid., p. 296.

19 Ibid., p. 305.

20 Ibid., p. 314.

cracia. Lembro: para Dworkin, a primeira é *estatística*, na medida em que as decisões políticas são tomadas de acordo com os votos de cidadãos individuais (uma maioria ou uma pluralidade); a segunda é *comunitária*, uma vez que as decisões políticas são tomadas por uma entidade distinta – *o povo enquanto povo*.²¹

Há ainda uma outra maneira de ilustrar esse contraste. Para o jusfilósofo norte-americano, a concepção majoritária pretende ser *puramente procedimental*, no sentido de ser independente das demais dimensões da moralidade política; ao passo que a concepção comunitária não torna a democracia independente do restante da moralidade política. Nessa concepção, precisamos de uma teoria da participação igualitária para decidir se uma decisão é ou não democrática e precisamos, também, consultar ideias como justiça, liberdade e igualdade ao construir uma tal teoria.²² Quer dizer: na concepção comunitária, a democracia é um ideal *substancial* e não meramente *procedural*.

Essa visão, digamos, *material* da democracia, faz com que Dworkin coloque em xeque o *valor* da premissa majoritária. Noutras palavras, o autor questiona se o apoio majoritário, por si só, fornece alguma forma de argumento moral em favor daquilo que a maioria apoia.

De fato, Dworkin considera um equívoco pensar que o voto majoritário é sempre o método adequado de se obter decisões coletivas, sempre que haja um dissenso. Para ilustrar seu argumento, usa um exemplo familiar: suponha que há náufragos presos a um bote salva-vidas que, a menos que um dos tripulantes o abandone, inevitavelmente afundará. Como o grupo decidirá quem deve abandonar

21 DWORKIN, Ronald. *O Direito...* Op. cit., p. 31. É claro que essa afirmação requer maiores explicações. Aliás, o próprio Dworkin reconhece que a “interpretação comunitária” soa “misteriosa” e que “pode até assumir ares de um perigoso totalitarismo”. Id.

22 DWORKIN, Ronald. *Is Democracy...* Op. cit., p. 134.

o barco? O autor norte-americano aponta para o fato de que seria mais justo omitir-se (e deixar que o destino decida a causa, dando a cada pessoa a mesma chance de permanecer viva) do que submeter a questão a um voto majoritário: essa seria uma má ideia, na medida em que forças que não *deveriam* influenciar a decisão (amizade, inimizade, inveja etc.) acabariam sendo decisivas.²³ Quer dizer: o processo majoritário não é justo *em si* nem, em todos os casos, é garantia da produção de um resultado *justo*.

Há, também, matérias cuja suscetibilidade à vontade da maioria é, em si, questionável. Por exemplo: é correto que se tome uma decisão coletiva a respeito da (i)moralidade do sexo consensual fora do casamento?²⁴ Dworkin certamente considera inaceitável, por violação à dignidade humana, que se imponham obrigações que restrinjam a independência ética do indivíduo.

O autor propõe ainda outra questão: e “quando uma decisão política coletiva deve ser tomada e quando deixar o acaso resolvê-la seria irracional, então neste caso a regra da maioria é o único método justo de decisão?”. Mesmo nessa hipótese, contudo, sua resposta não é simplesmente afirmativa: “nós poderíamos dizer que a regra da maioria somente é justa, neste caso, porque permite, a cada pessoa, a mesma influência nas decisões que o afetam do que a exercida pelos demais”. Ocorre que, num governo representativo, a influência exercida pelo indivíduo na produção de decisões políticas *nunca*

23 Ibid., p. 139. O naufrágio do navio *Mignonette*, no verão de 1884, que deixou quatro marinheiros ingleses à deriva em um pequeno bote salva-vidas no Atlântico Sul, a mais de 1.600km da costa – e que resultou no assassinato de um dos tripulantes, para que servisse de alimento aos demais – é utilizado por Michael Sandel para ilustrar a doutrina utilitarista de Jeremy Bentham. Curiosamente, a questão não foi submetida, no caso específico, a uma votação: cometeu-se o homicídio de Richard Parker, que, então, estava enfraquecido e doente, sendo este o “candidato lógico”, já que, presume-se, morreria logo de qualquer maneira. SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 45-47.

24 DWORKIN, Ronald. *Is Democracy...* Op. cit., p. 139-40.

é *igual*. O poder de influência de qualquer agente governamental (eleito ou nomeado), por exemplo, é muito superior ao dos cidadãos que permanecem na vida privada. Aliás, para Dworkin, há uma certa incoerência no discurso de alguns conservadores que creem ser o instituto da *judicial review* antidemocrático, uma vez que autorizaria juízes a derrubar, por vezes, o produto da vontade da maioria; da maneira como o autor norte-americano enxerga o fenômeno, muito do que um Presidente da República pode fazer, *por conta própria*, ao longo de seu mandato, não só não poderá jamais ser desfeito, como ainda gera consequências maiores do que todas as decisões da Suprema Corte somadas ao longo de sua história. Em definitivo, para o autor, o governo representativo entrega uma fatia muito grande do poder político a um grupo muito restrito; um poder muito superior àquele de todo o restante dos votantes, mesmo quando o voto tem, formalmente, peso igual.²⁵

Como se vê, o argumento de Dworkin, em síntese, é o de que há diversas situações em que a premissa majoritária não é a maneira adequada de se tomar decisões, desde um ponto de vista moral. Em algumas circunstâncias, ela é simplesmente *injusta* (produz resultados injustos, como no caso do bote salva-vidas); em outros, é amplamente questionável (como no caso da votação a respeito da proibição dos relacionamentos consensuais extraconjugais). Ainda, particularmente no que diz respeito ao processo político, não consegue assegurar a igualdade de poder político no âmbito de uma comunidade política ampla, com instituições políticas representativas.²⁶

Esse conjunto de argumentos leva Dworkin a propor, como se viu, uma concepção alternativa de democracia. Mas, para que possa-

25 Ibid., p. 141-142.

26 DWORKIN, Ronald. *Is Democracy...* Op. cit., p. 143.

mos compreendê-la em sua real extensão, parece necessário, antes, reposicionar algumas de suas premissas.

3 Dignidade humana, igual consideração e autogoverno

Antes anunciei que o jusfilósofo norte-americano tem, como centro de sua teoria moral, uma leitura particular do *princípio da humanidade* kantiano.²⁷ Agora é o momento de deixar isso mais claro. Para o autor, a dignidade humana tem uma *dupla dimensão*, que pode ser traduzida em dois princípios básicos: o princípio do *valor intrínseco da vida humana* e o princípio da *responsabilidade pela vida humana*; outra maneira de enunciá-los é: princípio do *respeito próprio* (*principle of self-respect*) e princípio da *autenticidade* (*principle of authenticity*).²⁸ No contexto das reflexões dworkinianas, essas expressões se equivalem, traduzem a mesma ideia. Agora, é chegada

27 Vale dizer que, desde *Levando os Direitos a Sério* (op. cit., p. 305), a noção de dignidade humana invocada por Dworkin está associada à obra de Kant, para quem “o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário dessa ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim”. Além disso, “os seres racionais denominam-se *peçoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)”. Daí deriva a ideia de *dignidade* associada à *peçoas humana*, já que “no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 58-65.

28 É certamente controversa a opção de Dworkin de se valer do conceito de *dignidade humana* para enunciar os tais princípios éticos. De acordo com Jeremy Waldron, não ficam claras, em momento algum, as vantagens de se acrescentar a *etiqueta* da *dignidade humana* a esses princípios. Waldron chega a comparar Dworkin ao personagem Humpty Dumpty, de Lewis Carrol, sugerindo, portanto, que a utilização da expressão *dignidade humana* foi feita, na espécie, de forma arbitrária ou, ao menos, não devidamente justificada. Isso não invalida, de toda forma, o conteúdo das proposições, que, de fato, refletiriam valores bem enraizados na teoria política ocidental. Vale dizer que Waldron, por sua vez, concebe a dignidade como um *status*, comparável ao *status* da *nobreza*; porém, uma nobreza com a qual contam todas as pessoas humanas, sem discriminação. A dignidade seria, para o autor, a *nobreza* para o *homem comum*. WALDRON, Jeremy. *Dignity, Rank, & Rights*. New York City: Oxford University Press, 2012, p. 22-23.

a hora de aprofundarmos um pouco mais essas noções, de modo a verificar a sua repercussão na construção do conceito de *democracia comunitária*.

Tenhamos presente que, no vocabulário dworkiniano, padrões *morais* prescrevem como devemos tratar os outros, ao passo que os padrões *éticos* prescrevem como devemos viver por nós mesmos. Seu projeto teórico está dirigido, nesse sentido, a encontrar algum padrão ético (alguma concepção do que signifique *viver bem*) que guie a nossa interpretação dos conceitos morais. Na sua visão, os princípios morais devem ser interpretados de modo que *ser moral* nos faça *felizes – felicidade*, aqui, num sentido próximo ao que Platão e Aristóteles tinham em mente (*eudemonia*).²⁹

Pois bem. Dworkin supõe que quase todos nós, a despeito de nossas diferenças, compartilhamos os chamados *princípios da dignidade*.

De acordo com o primeiro princípio (princípio do valor intrínseco), toda a vida humana tem um tipo de valor objetivo. Ela tem valor enquanto potencialidade; uma vez que a vida humana comece, importa a maneira como ela é conduzida. Assim, a vida é *boa* quando seu potencial é realizado, ao passo que ela *falha* quando seu potencial é desperdiçado. Isso é uma questão de valor *objetivo* e não *subjetivo*. O sucesso ou o fracasso da vida humana tem valor *em si*, de modo que todos devemos lamentar o desperdício de uma vida, seja ela a nossa própria, seja a de outra pessoa. Dworkin supõe que as pessoas, em geral, concordam com a afirmação de que suas próprias vidas tenham valor objetivo e que não há nenhuma boa razão para que a vida de alguém seja considerada mais ou menos importante do

²⁹ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 191.

que qualquer outra. Nessa vereda, haveria uma falha grave, uma falta de *dignidade pessoal*, àquele que deixa de dar o devido valor à vida – seja à sua própria vida, seja à vida alheia. A importância objetiva não pode pertencer a uma vida humana sem que pertença, também, a todas as outras, de modo que é impossível separar o respeito próprio do respeito pela importância da vida dos demais.³⁰

De acordo com o segundo princípio (o princípio da responsabilidade pessoal), cada um tem uma responsabilidade especial por buscar o sucesso em sua própria vida, uma responsabilidade que inclui a tomada de uma decisão sobre *que tipo* de vida poderia ser considerado um sucesso. O indivíduo não deve aceitar, portanto, que qualquer outro lhe imponha esses valores pessoais; ainda que ele aceite seguir alguma tradição ou código moral, isso deve ser o resultado de seu próprio julgamento. Trata-se de uma *responsabilidade soberana* por sua própria vida. Cada um deve decidir, por si só, o que é uma *boa vida* a ser vivida. Não se pode alienar esse tipo de decisão nem se deve aceitar o direito de um terceiro impô-la coercitivamente. Assim, não se pode conceder ao governo, ou a qualquer outro grupo, a autoridade de nos exigir a adesão a um esquema particular de valores, ou de nos impor escolhas particulares, como a nossa profissão ou o nosso cônjuge – isso implicaria *subordinação*, condenada pelo princípio em questão.³¹ Mas, atenção: isso não significa que o governo não possa nos impor obrigações (como, por exemplo, a de usar o cinto de segurança); isso se explica, para Dworkin, pela diferença traçada entre *ética* e *moralidade*. Enquanto nossas *convicções éticas* definem o que deve contar como uma vida boa *para nós mesmos*, nossos *princípios morais* definem nossas obrigações *para com os de-*

30 DWORKIN, Ronald. *Is Democracy ...* Op. cit., p. 9-17.

31 *Ibid.*, p. 9-18.

mais. O princípio da responsabilidade pessoal *permite* que o Estado nos force a viver de acordo com decisões coletivas baseadas em princípios morais, mas *proíbe* que o Estado nos dite convicções éticas.³²

Essas explicações nos deixam em melhores condições de compreender a proposta dworkiniana de uma *democracia comunitária*. Dworkin sugere que a sua concepção de dignidade humana, desdobrada nos princípios acima expostos, dá consequência a dois princípios estruturantes da democracia constitucional: a *igual consideração* (*equal concern*) e o *autogoverno* (*self-government*).

De acordo com o *princípio da igual consideração*, que é um desdobramento do primeiro princípio da dignidade humana (princípio do *valor intrínseco*), uma comunidade política deve demonstrar igual consideração pelas vidas de todos que estão sob a sua esfera de ação. Portanto, desde um ponto de vista *procedural*, devemos dar o nosso melhor para garantir que nossos agentes políticos atuem com igual consideração por todos, o que é atingido, em geral, com sufrágio universal e igualitário. A ideia é que os agentes eleitos por uma grande parcela da população farão um trabalho melhor na proteção dos fracos contra os privilegiados do que pessoas eleitas por (e responsáveis apenas perante) um grupo restrito. Essa é, percebe-se, uma justificação de corte *consequencialista*. Isso não quer dizer, contudo, que a maioria tenha a autorização para alterar a estrutura básica constitucional que, parece, foi calculada para garantir a igual consideração. De igual forma, não há nenhum fetiche pela exatidão matemática: há maneiras diferentes de se resguardar, como resultado legislativo, uma preocupação igualitária com todos (por exemplo, consolidando-se o poder de minorias isoladas). Outrossim, a igual-

32 Ibid., p. 20-21.

dade pode bem ser assegurada pela inclusão de alguns direitos individuais numa constituição a ser interpretada preferencialmente por juízes – e não por representantes eleitos. De toda forma – e isso é particularmente significativo –, Dworkin aponta que *não há uma distinção firme entre a justiça substantiva e processual*. Pelo contrário: de acordo com essa justificativa, um teste correto para aferir se um arranjo político demonstra igualdade procedimental é *perguntar se o arranjo está apto a produzir políticas que respeitam a igualdade substantiva no respeito pelas vidas das pessoas*. Em arremate, o autor norte-americano aponta que não há, necessariamente, um déficit de legitimidade nos arranjos democráticos que (nos Estados Unidos como no Brasil) estabelecem, por exemplo, que, independentemente do tamanho do Estado Federado, cada um destes contará com um número igual de senadores. Entretanto, deve ficar claro que nós não podemos diminuir o poder político de qualquer cidadão, negando-se a ele um voto igual, *por qualquer razão que expresse qualquer medida de desprezo por ele ou qualquer falta de preocupação com seu destino*. Isso seria ofensivo, é certo, à dignidade humana.³³

Com relação ao princípio do *autogoverno*, trata-se de uma decorrência do *segundo princípio* da dignidade humana (princípio da responsabilidade pessoal): os arranjos políticos devem respeitar a responsabilidade pessoal e inalienável dos indivíduos de identificarem valor nas suas próprias vidas. Veja-se que, para Dworkin, a igual consideração não é o suficiente para assegurar, por si só, a legitimidade política. Não é o bastante, porque as pessoas não têm o direito moral de exercer coerção sobre as demais – mesmo quando alegam agir no melhor interesse destas –, na medida em que isso implicaria a viola-

33 Ibid., p. 144-145.

ção ao princípio da responsabilidade pessoal. Contudo, essa objeção é diluída numa democracia, já que esta implicaria *autogoverno*: é o próprio povo quem estabelece as obrigações que deve cumprir. Essa premissa supõe que, apesar de a minha dignidade ficar comprometida quando me submeto à autoridade de outros, sem ter participado de suas decisões, não há dano à minha dignidade quando, por outro lado, eu participo, como um parceiro igual, na construção destas mesmas decisões. Essa suposição explica, conceitualmente, porque o governo democrático é legítimo. Para a concepção de democracia comunitária dworkiniana, em específico, o que se deve descobrir é: quais direitos devem ser preservados ao cidadão para que as obrigações impostas pela maioria sejam consistentes com a sua dignidade? Noutras palavras, dado que será sempre afrontosa à dignidade pessoal uma submissão à autoridade coercitiva de outros em determinadas matérias (o papel da religião na vida do indivíduo, por exemplo), a concepção da democracia em parceria requer uma *garantia* de que a maioria não possa interferir nesses casos. Assim, direitos constitucionais que protejam as liberdades individuais de se fazer escolhas éticas por conta própria não comprometem o arranjo democrático – antes, garantem-no.³⁴

4 A democracia é possível aqui? Democracia e condições democráticas

Em 2006, Dworkin publicou um livro interessantíssimo e com um título provocativo: *Is Democracy Possible Here?*. Nesse texto – que já veio servindo de subsídio à minha exposição até aqui –, o autor

³⁴ Ibid., p. 145-146.

observa que a política norte-americana teria chegado a um estado deplorável, no qual lados divergentes (na especificidade, *liberais* e *conservadores*) não se tratariam mais como parceiros de um autogoverno, mas como disputantes de uma guerra, sem qualquer demonstração de respeito um pelo outro. Em última análise, Dworkin percebe a falta de uma *argumentação decente* na vida política americana. Quer dizer, a falta de um debate sincero, entabulado por pessoas que compartilham algumas premissas a respeito de princípios políticos básicos (democracia e liberdade, por exemplo), a respeito das políticas concretas que mais bem os concretizariam. O quadro pintado por Dworkin, com efeito, é amplamente familiar. Dificilmente se vê um esforço genuíno, de parte a parte, mesmo no meio intelectual, para que se atinja uma espécie de *common ground*: pontos comuns que tornem a discussão entre pessoas que se respeitam mutuamente não apenas possível, mas também reciprocamente proveitosa.³⁵

Como vimos acima, Dworkin propõe, como saída para o impasse, a instituição de um *common ground* derivado do respeito pela vida humana. Segundo a sua argumentação, os princípios da dignidade têm substância suficiente para fazer com que um debate político seja possível e aproveitável – não apenas nos Estados Unidos, mas em outras democracias similares ao redor do mundo. Sua tentativa, nota-se, é de trazer as disputas políticas concretas a um nível mais filosófico, de modo a iluminá-las. Seria um grande avanço, para o autor, que os participantes do debate político vissem seus desentendimentos como controvérsias a respeito da melhor interpretação de princípios que compartilham, ao revés de vê-los como simples confrontos entre visões de mundo distintas. Isso faria com que debatedores se com-

35 Ibid., p. 1-6

portassem de um modo distinto: sua argumentação seria dirigida a demonstrar de que forma suas propostas interpretativas concretas *capturam mais* das aplicações incontestadas dos princípios compartilhados do que as interpretações rivais; ou que suas interpretações *ajustam-se melhor* a outros valores compartilhados com seus opositores. Os debatedores, nessa hipótese, seriam, num nível mais geral ao menos, *parceiros* na tentativa de atingir seus objetivos – o que faria com que aumentasse, inclusive, o *respeito* recíproco.³⁶

Pois bem. Com essas premissas em mente, darei continuidade à exposição da proposta dworkiniana de uma democracia *em parceria*. A partir de agora, contudo, procurarei enriquecê-la a partir do contraste com visões divergentes. Meu objetivo é acatar a sugestão de Dworkin de que identifiquemos um *common ground* a partir do respeito pela vida humana e de que, a partir deste, possamos discutir proveitosamente o conceito de democracia.

Voltemos, antes, aos desdobramentos das dimensões de dignidade humana no âmbito de uma teoria política.

Por um lado, o primeiro princípio (princípio valor objetivo e intrínseco da vida humana) tem expressão na exigência de que o governo demonstre igual consideração pelo destino de todos os que estão sob o seu domínio. Por outro, o segundo princípio (princípio da autenticidade) dá origem ao dever de o Estado demonstrar respeito pela responsabilidade individual dos cidadãos.

Fixemo-nos, por ora, nesse segundo princípio – e, consequentemente, no melhor entendimento do que seja a *liberdade*.

Dworkin aponta que, na teoria política, temos de distinguir entre duas questões, ambas referentes ao exercício do poder de co-

36 Ibid., p. 1-23.

erção governamental: primeiro, cabe perguntar *quem* detém o poder de coerção coletiva; segundo, *o quanto* de coerção é admitida. A primeira pergunta apela à chamada *liberdade positiva* e aponta para o fato de que as pessoas devem, de algum modo, desempenhar um papel no seu próprio governo, ou seja, de que o governo deve ser, de alguma forma, *autogoverno*. A segunda pergunta remete à *liberdade negativa*, ao menos no sentido de que as pessoas devem ser livres de coerção estatal em alguma esfera substantiva de suas decisões e atividades. Como pode o exercício do poder de coerção governamental ser considerado *autogoverno* para todos? Mais: se o exercício do poder de coerção coletiva é legítimo, como podemos delinear uma área de não intervenção estatal?³⁷

O jusfilósofo norte-americano entende que a resposta para essas perguntas decorre do segundo princípio da dignidade (princípio da autenticidade). As pessoas devem ter responsabilidades por suas próprias vidas; porém, essa responsabilidade somente é compatível com o exercício da coerção pública *quando algumas condições são atendidas*. Como veremos a seguir, essas condições consistem no seguinte: primeiro, todos devem poder participar *da maneira correta* das decisões coletivas que os afetam; segundo, os indivíduos devem estar livres de coerção pública naquelas questões que a sua *responsabilidade pessoal* exige que eles decidam por si mesmos. Assim como a responsabilidade tem duas dimensões, também a liberdade: uma teoria da *liberdade positiva* estipula qual é a maneira adequada de se exercer o *autogoverno*; uma teoria da *liberdade negativa* descreve quais as escolhas que devem ser consideradas isentas de coerção pública a fim de resguardar a responsabilidade pessoal dos cidadãos.³⁸

37 DWORKIN, Ronald. *Justice...* Op. cit., p. 364-365.

38 *Ibid.*, p. 365.

Acompanhemos, agora, como a concepção dworkiniana de *democracia constitucional* faz frente, especialmente, ao dever de honrar a chamada *liberdade positiva*.

Dworkin sustenta que determinadas condições devem ser atendidas para que a tomada de decisões pela maioria possa reivindicar, para si, um privilégio moral automático diante dos demais procedimentos de decisão coletiva. Assim, as chamadas *condições democráticas* são as condições de *participação moral* numa determinada comunidade política. O autor crê que o *autogoverno* somente é possível dentro de uma comunidade que atenda essas condições; e que a *liberdade positiva* aumenta na medida em que a premissa majoritária é rejeitada em favor da *concepção constitucional da democracia*.³⁹

A par das condições *estruturais*⁴⁰, Dworkin dirige seu foco para as chamadas condições *de relação*, ou seja, ao conjunto das condições que determinam como um indivíduo deve ser tratado por uma comunidade política verdadeira para que possa ser considerado um *membro moral* dessa comunidade. Assim, uma comunidade política não pode fazer de nenhum indivíduo um membro moral se não der a ele uma *participação* em qualquer decisão coletiva, um *interesse* nessa decisão e uma *independência* em relação a essa mesma decisão.⁴¹ Em suma,

em primeiro lugar, não pode haver democracia, concebida como uma associação em parceria em autogoverno, a menos que se dê a todos os cidadãos uma igual oportunidade de desempenhar um papel na vida política, e isso significa não apenas o mesmo direito de voto, mas também a igualdade

39 DWORKIN, Ronald. *O Direito...* Op. cit., p. 35-36.

40 *Condições estruturais* são aquelas que determinam o caráter que a comunidade como um todo deve ter para que possa ser considerada uma verdadeira comunidade política, tais como o processo histórico de seu estabelecimento, fronteiras reconhecidas e estáveis etc. *Ibid.*, p. 37.

41 *Ibid.*, p. 37-38.

de voz tanto nas deliberações públicas formais quanto nos intercâmbios informais. [...] Em segundo lugar, não pode haver uma democracia assim concebida a não ser que as pessoas tenham, enquanto indivíduos, uma igual participação no governo. É preciso entender que os interesses de todos devem ser levados em consideração da mesma maneira quando se determina onde fica o interesse coletivo. [...] Em terceiro lugar, não pode haver uma parceria democrática a menos que se assegure aos indivíduos uma esfera privada na qual eles sejam livres para tomar as decisões mais religiosas e éticas por si próprios, respondendo a sua própria consciência e a seu próprio julgamento, e não ao da maioria. Nenhuma pessoa pode ver a si mesma como membro pleno e igual de uma associação em parceria que reivindique autoridade para decidir aquilo que, de seu ponto de vista, o respeito de si mesma exija que ela decida.⁴²

Noutras palavras, *participação* significa a oportunidade de poder modificar, de algum modo (sufrágio universal, representação etc.), as decisões coletivas. O *interesse* traduz-se na necessidade de que o processo coletivo expresse *reciprocidade* entre os participantes morais: um participante não pode ser considerado um membro da comunidade a menos que seja tratado pelos outros como tal, ou seja, a menos que as consequências de qualquer decisão coletiva para sua vida sejam consideradas tão importantes quanto as consequências dessa mesma decisão para a vida de todos os demais. Repare-se que, desse modo, uma sociedade que desprezasse os interesses da minoria em detrimento daqueles da maioria seria não apenas *injusta*, mas também *ilegítima*. Por fim, a *independência moral* representa a exigência de que se mantenha, a despeito da aceitação da coerção coletiva, uma esfera privada de decisões que não pode alienar. Dworkin dá o exemplo de uma orquestra, uma comunidade coletiva na qual

42 DWORKIN, Ronald. *A Justiça...* Op. cit., p. 190-191.

os músicos partilham o mesmo trabalho e o mesmo destino – ainda que, individualmente, os participantes possam não concordar com a maneira com a qual o empreendimento é conduzido. A regência da orquestra deve ser aceita, insista-se, ainda que com ela não se concorde; mas o maestro não poderia ditar os padrões de gosto musical que os músicos devem cultivar em sua vida particular: “ninguém que aceitasse a responsabilidade de decidir por si mesmo suas questões de gosto musical poderia considerar-se sócio de um empreendimento conjunto que se propusesse a decidir essas questões por ele”.⁴³

5 Democracia e *judicial review*

Penso já terem ficado suficientemente claras as distinções entre as concepções concorrentes de *democracia majoritária* e de *democracia em parceria*. Enquanto a primeira seria, para Dworkin, puramente *procedimental*, a segunda defende determinadas *amarras* da democracia a condições substantivas de legitimidade. Os membros de uma comunidade agem como parceiros quando, apesar das divergências, aceitam a obrigação de tratar os demais com igual consideração e respeito. Isso gera uma obrigação não apenas de obedecer ao direito de uma comunidade, mas também de tentar produzi-lo de modo compatível com seu entendimento sincero (com seu *melhor* entendimento) do que a dignidade de cada um dos cidadãos exija.⁴⁴

Esse profundo contraste entre as duas concepções de democracia ilustra uma questão que me interessa agora aprofundar: a compatibilidade entre a democracia e a revisão judicial da legislação (*judicial review*).

43 DWORKIN, Ronald. *O Direito...* Op. cit., p. 40-41.

44 DWORKIN, Ronald. *Justice...* Op. cit., p. 384.

Em primeiro lugar, em que pese não seja correto afirmar que a concepção majoritária seja essencialmente contrária à revisão judicial da legislação, é fato que a vê com menos entusiasmo do que a concepção aqui chamada de *constitucional*. Se, por um lado, autores como John Ely⁴⁵ entendem que os juízes devem proteger ao menos alguns direitos individuais (como a liberdade de expressão) em face da legislação, por outro, os defensores da concepção majoritária são em geral resistentes à derrubada de leis que uma maioria estável e bem informada tenha apoiado – notadamente, sobre questões polêmicas como a pena de morte, o aborto ou o exercício da religiosidade em escolas. Nessa visão, o controle judicial da constitucionalidade da legislação enfraqueceria o caráter democrático da comunidade, na medida em que restringiria a liberdade positiva necessária à dignidade dos cidadãos.⁴⁶

Dworkin (e o acompanho nessa premissa, adiante), por outro lado, defende que o instituto da *judicial review* é uma boa estratégia para promover a legitimidade do governo, na medida em que protege, por exemplo, a independência ética dos integrantes das minorias – e, por decorrência, garante à maioria a autoridade moral de impor a sua vontade em outros assuntos.

Uma maneira particularmente útil de explorarmos esse contraste é o estudo do trabalho do jusfilósofo Jeremy Waldron, um dos mais influentes debatedores de Ronald Dworkin. Trata-se, o jusfilósofo neozelandês, de um crítico severo do constitucionalismo contemporâneo e do instituto da *judicial review*. Vejamos se, ao colocar seus argumentos sob consideração, conseguiremos estruturar um *com-*

45 Consultar: ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Trad. Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre; Universidad de los Andes, 1997.

46 DWORKIN, Ronald. *Justice...* Op. cit., p. 384-385.

mon ground que nos permita capitalizar dessa divergência, tornando melhores nossos argumentos.

Contextualizemos seu pensamento. O autor neozelandês reprova sistemas jurídicos que: a) incorporem declarações de direitos fundamentais em suas constituições e que b) permitam ao Poder Judiciário a declaração de invalidade de leis instituídas pelo Poder Legislativo sob o argumento de violação àqueles direitos. Waldron crê que esse modelo (o constitucionalismo contemporâneo) é o responsável por uma concentração excessiva das atenções dos filósofos e teóricos do direito no trabalho dos tribunais, acompanhada de uma indiferença ou, até, de um preconceito para com a produção legislativa. Sua ideia central é a de que se deve reabilitar a *dignidade* da legislação. Na medida em que há um irremediável desacordo entre os membros da comunidade política a respeito de concepções morais, políticas, religiosas etc., deve-se privilegiar a regra da maioria, que deve pautar o processo legislativo, porquanto expressaria maior respeito às pessoas. Esse respeito, aponta Cláudio Ari Mello, manifesta-se de três formas: “primeiro, porque trata com efetiva consideração as posições de cada indivíduo; segundo, porque trata todas essas posições individuais como iguais; terceiro, porque confere um valor substantivo ao próprio desacordo”.⁴⁷

Isso não quer dizer que Waldron veja um conflito entre os direitos individuais e as leis democraticamente produzidas. Para ele, não só a ideia de democracia não é incompatível com a de direitos individuais, como, também, não pode haver democracia sem que se proteja o “direito dos direitos” (*right of rights*), que seria o de *parti-*

47 MELLO, Cláudio Ari. *Kant e a Dignidade da Legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 34-35. Ver: WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, passim.

cipar da construção das leis. Existiria, nas suas palavras, uma *congruência natural* (*natural congruence*) entre direitos e democracia. Na sua concepção, quando se identifica alguém como portador de um direito, reconhece-se nele a capacidade de pensar responsabilmente a respeito da relação moral entre seus interesses particulares e os dos demais. A posse dessa capacidade – de um *senso de justiça* – seria, assim, a base primária da democracia. A convicção de que homens e mulheres tenham o discernimento necessário para participar responsabilmente do governo de sua sociedade seria a *mesma* convicção com base na qual a atribuição de direitos se justifica.⁴⁸

Nessa vereda, por um lado, um teórico do direito não deveria nem retratar os membros de uma maioria democrática como egoístas e predadores irresponsáveis, nem apostar todas as suas fichas num proceduralismo puro, no qual se permitisse aos indivíduos o desinteresse pelos direitos individuais dos demais. O autor reconhece (como Dworkin, aliás,) que muitos desses direitos expressam o respeito pela moralidade individual exigida pela própria democracia. Esses direitos são divididos em duas categorias principais: a) direitos que são efetivamente *constitutivos* do processo democrático e b) direitos que, mesmo que não sejam formalmente constitutivos do processo democrático, ainda assim incorporam as condições necessárias para a sua legitimidade.⁴⁹

Os primeiros consistem na ideia de *participação*. A democracia exige que, quando há um desacordo na sociedade sobre alguma matéria a respeito da qual uma decisão coletiva é necessária, todos têm o direito de participar, de forma igual, da resolução desse dissenso. Assim, não pode haver democracia sem que o direito à participação seja assegurado, exigindo-se, das regras processuais de representa-

48 WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York City: Oxford University Press, 1999, p. 282.

49 *Ibid.*, p. 282-3.

ção política, que sejam pautadas por esse direito. Se o processo for desigual ou inadequado, tanto a democracia quanto os direitos individuais estarão sendo violados.⁵⁰

Os segundos traduzem a noção de condições de legitimidade (de respeitabilidade moral) do processo de decisão democrático. Ninguém pensa que um grupo majoritário de pessoas tenha o direito de impor a sua decisão a um grupo minoritário pelo simples fato de comporem uma maioria. A premissa majoritária só teria sentido quando observados alguns direitos.⁵¹

Perceba-se que Waldron acata, a seu modo, algumas das propostas centrais de Dworkin, a saber: a) que há uma conexão importante entre direitos e democracia; e b) que alguns direitos individuais devem ser considerados como condições de legitimidade da premissa majoritária. Contudo, é nesse particular que atingimos um ponto central da controvérsia: a quem cabe, porém, garantir esses direitos? Ou, ainda: qual é a melhor maneira de se *levar a sério* esses direitos? Se, para Dworkin, a *judicial review* pode ser considerada a maneira preferencial de fazê-lo, para Waldron, não há nenhuma boa razão para que se privilegie o modelo de revisão judicial das decisões legislativas.

Em seguida, explicarei melhor o argumento de Dworkin. Por enquanto, contudo, detenhamo-nos no pensamento de Waldron. O

50 WALDRON, Jeremy. *Law and...* Op. cit., p. 283.

51 Id. Aqui Waldron aproxima-se, de algum modo, da concepção de *participação moral* dworkiniana, ou seja: de que uma pessoa não está vinculada moralmente às decisões de uma instituição a não ser que seus interesses sejam devidamente levados em consideração. Contudo, como vimos, Dworkin vai além e insiste que, a par disso, deve ser resguardada uma *independência moral* do indivíduo em relação à decisão coletiva, ao menos no que diz respeito a algumas matérias (questões éticas, basicamente). Com relação a essa exigência, contudo, Waldron afirma não estar plenamente convencido. *Ibid.*, p. 284. Deixemos claro que, em que pese eu esteja acentuando alguns pontos em comum, o fato é que as visões de Waldron e Dworkin são *concorrentes*, sendo que a do autor neozelandês dá um valor muito superior àquele dado por Dworkin à premissa majoritária. Assim, pode-se dizer que Waldron é um defensor da democracia majoritária, por ele chamada de “MD” (*Majoritary Democracy*). DWORKIN, Ronald. *Justice...* Op. cit., p. 386.

autor neozelandês sustenta que a revisão judicial da legislação é um modo inadequado de decisão em uma sociedade justa e democrática.⁵² Por uma série de razões. Em síntese, o direito seria fruto da política; e, a política, estaria condicionada não por um campo transcendente de conceitos ou ideias acerca do direito, mas nas sociedades modernas, pelo desacordo entre os membros da comunidade a respeito dessas questões. Esse desacordo, vimos antes, estende-se aos direitos que as pessoas devem ter e, inclusive, sobre seus limites e sobre como se devem resolver os conflitos entre estes. Apesar do desacordo, permanece a necessidade de se estabelecer um método para coordenar as ações dos membros da comunidade que vincule todas as pessoas; esse método, por sua vez, não pode estar fundado no mérito das decisões a serem tomadas (até porque seria irrelevante encontrar respostas corretas para problemas morais ou políticos, uma vez que o conhecimento objetivo de tais questões não faria com que desaparecesse o desacordo entre os membros da comunidade) – o que faz com que se privilegie a regra da maioria. Assim, definitivamente, o Estado de Direito seria um modelo de Estado em que

52 WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, n. 115, abr. 2006, p. 1346-1406. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org>>. Acesso em: 02 abr. 2014. Anota-se que este texto de Waldron deu origem a uma resposta interessante por parte de Richard Fallon. O professor de Harvard observa, em resumo, que Waldron desconsidera um aspecto central da defesa do instituto da *judicial review*: não é que os tribunais tenham condições melhores do que os legisladores de identificar os direitos das pessoas; é que ambas as instituições (Judiciário e Legislativo) deveriam estar somadas no ideal protecionista. Segundo Fallon, em termos de direitos fundamentais, é preferível uma estrutura que assegure os direitos de modo excessivo do que de modo restritivo. FALLON JR., Richard H. The Core of an Uneasy Case for Judicial Review. *Harvard Law Review*, n. 121, 2008, p. 1701-1736. Disponível em: <<http://www.harvardlawreview.org>>. Acesso em: 02 abr. 2014. Um bom resumo desse debate foi elaborado por Mark Tushnet, para quem, curiosamente, ambos os *cases* guardam mais semelhanças do que distinções. Segundo Tushnet, tanto os argumentos contrários como os favoráveis à *judicial review*, discutidos nesse debate, partem de determinadas suposições e qualificações que, colocadas em perspectiva, tornam os respectivos *cases* não somente compatíveis, mas praticamente idênticos. Ver: TUSHNET, Mark. How Different are the Core Cases for and Against Judicial Review? *Social Science Research Network*, dez. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1320502>. Acesso em: 02 abr. 2014.

juízes, funcionários e cidadãos devem obediência à lei produzida por um processo legislativo norteado pela regra da maioria, ainda que seu resultado possa ser (desde o ponto de vista individual do juiz, do funcionário ou do cidadão) considerado injusto ou ruim.⁵³

Noutras palavras, Waldron sustenta dois argumentos centrais: por um lado, inexistiria qualquer razão para que supuséssemos que os direitos seriam mais bem protegidos pela revisão judicial da legislação do que o seriam por legislaturas democráticas; e, por outro, a própria ilegitimidade democrática da *judicial review*.⁵⁴

Em realidade, sendo o desacordo um elemento essencial das sociedades democráticas contemporâneas, e sendo a regra da maioria o modelo preferencial de resolução dos conflitos, o próprio povo deveria enfrentar o dissenso, por meio de seus representantes eleitos. Não haveria sentido em delegar essa tarefa a um grupo de juízes – que, de resto, também decidiriam por maioria. A decisão judicial, em casos de desacordo a respeito dos direitos, não teria *legitimidade política* perante a comunidade dada a perda de representação e de igualdade política. Ainda, haveria um problema, digamos, metodológico: a discussão no âmbito judicial faria com que a sociedade corresse o risco da *distração*, ou seja, da perda de foco na questão substantiva (a saber: a existência e os limites dos direitos) em detrimento de questões tecnicamente jurídicas (o peso dos precedentes, os diferentes modelos de interpretação judicial etc.).⁵⁵

53 MELLO, Cláudio Ari. Op. cit., p. 34-35.

54 WALDRON, Jeremy. The Core... Op. cit., p. 1346. Vale dizer que o autor estabelece uma distinção entre sistemas de revisão judicial *forte* e de revisão judicial *fraca*. O primeiro reconhecera o poder dos tribunais de recusar aplicação a uma lei, tornando-a letra morta, uma vez que se a qualificasse como violadora de direitos; o segundo reconhecera, apenas, uma espécie de poder de identificar incompatibilidades entre os direitos e a legislação, sem, contudo, que se pudesse negar a essa aplicação (no máximo, as cortes poderiam construir interpretações da legislação que se harmonizassem com os direitos). Os argumentos críticos de Waldron são dirigidos aos sistemas de *strong judicial review*. Ibid., p. 1353-1359.

55 WALDRON, Jeremy. The Core... Op. cit., p. 1353.

Ao colocar em xeque o argumento de que os direitos deveriam ser objeto de proteção judicial em face das maiorias legislativas, Waldron afirma que *todos* os direitos individuais, mesmo aqueles constitutivos da democracia, que possam ser objeto de discordância sincera (*good faith disagreements*) devem poder ser colocados em debate (e, conseqüentemente, sua existência e seus limites, submetidos à regra majoritária). Seu ponto é: se não fosse assim, seria como se já tivéssemos tomado lado em discussões que ainda não foram feitas. Em vez de delegarmos essas decisões para um grupo de juizes, melhor seria que decidíssemos por nós mesmos, respeitando-nos uns aos outros como agentes morais com senso de justiça individual. Em palavras mais simples, é da essência do regime democrático o fato de os cidadãos discordarem, de boa-fé, a respeito dos direitos que compartilham e de sua extensão. E esse desacordo, por ser irremediável, não só *condiciona* nossa vida política, como também deve *determinar* a maneira como devemos pensar sobre o direito positivo da comunidade. Sendo assim, uma teoria dos procedimentos legítimos de formação de decisões deve ter, como base, a premissa de que mesmo as pessoas que realmente se importam com a justiça e com os direitos podem, nada obstante, discordar a respeito de seu conteúdo.⁵⁶

O respeito pelos direitos, assim, seria mais uma questão de *cultura política* da comunidade, da existência de um *espírito de liberdade* entre o povo e seus representantes, do que, propriamente, de arranjos institucionais. Levar a liberdade a sério significaria enxergar os demais membros da comunidade como portadores de visões diferentes a respeito da liberdade.⁵⁷

56 WALDRON, Jeremy. *Law and...* Op. cit., p. 302-305.

57 *Ibid.*, p. 310-311.

Veja-se, contudo, que o jusfilósofo neozelandês restringe o âmbito de suas teses a uma sociedade com as seguintes características: a) instituições democráticas em razoável funcionamento, aí incluído um Poder Legislativo com integrantes eleitos via sufrágio universal adulto; b) um Poder Judiciário, também em razoável funcionamento, instituído de maneira não representativa, com a função de decidir controvérsias individuais e de assegurar a prevalência do Estado de Direito; c) um comprometimento da maioria dos membros da comunidade e de seus agentes públicos com a ideia de direitos individuais e de direitos da minoria; e d) um desacordo de boa-fé, permanente e substancial, entre os membros da comunidade que estão comprometidos com a ideia dos direitos. Uma vez preenchidos esses requisitos, a sociedade deve resolver seus desacordos por intermédio de suas instituições legislativas.⁵⁸

6 Fechando o raciocínio: o argumento de Dworkin em defesa da *judicial review*

Das lições de Waldron, retenhamos a seguinte noção: a defesa da *judicial review* não é uma resposta automática para os proble-

58 WALDRON, Jeremy. The Core... Op. cit., p. 1360. Em vista das premissas de Waldron, caberia a pergunta: a democracia é possível *aqui* – no Brasil? Com efeito, é problemático afirmar se um país com as características do Brasil atende, ou não, a todos os requisitos alinhados por Waldron. Entendidos de um modo mais abrangente (como, diga-se, parece ser a intenção do autor: a de delinear uma moldura suficientemente ampla para que se enquadrassem modelos tão distintos como o canadense, o inglês, o neozelandês e o norte-americano), é possível que sim. Aqui há, afinal, sufrágio universal, instituições razoavelmente funcionais e estáveis e direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. Não seria difícil, contudo, argumentar em sentido contrário, apontando algumas das, por assim dizer, patologias legislativas (*legislative pathologies*) que caracterizam a experiência brasileira. Para casos assim, lembremos que o próprio Waldron reconhece que a *judicial review* pode vir a se demonstrar concretamente necessária em casos particulares, para resolver algumas anomalias referentes, por exemplo, a sexo ou religião. Lenio Streck apresenta, aliás, bons motivos para que se pense que o Brasil possa ser enquadrado nessa exceção. Essa é, inclusive, uma das razões que o levam a defender uma abordagem *substancialista* (e não *procedimentalista*) da jurisdição constitucional no país. Confira-se, a propósito: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

mas referentes aos direitos individuais em contextos democráticos. Se a revisão judicial da legislação preserva (ao invés de depredar) o caráter democrático de uma comunidade, como acredito, isso não é autoevidente e deve ser devidamente estabelecido.

Com isso em mente, vejamos sinteticamente, na conclusão desse trabalho, o argumento nuclear de Dworkin em favor da *judicial review* no contexto da sua democracia constitucional.

Dworkin contesta a premissa de Waldron de que a decisão majoritária possa ser considerada um princípio geral de justiça procedimental (o que decorreria do fato de que, sendo neutro com relação aos resultados, dá a cada opinião expressada o maior peso possível, observada a igualdade de tratamento). Primeiro, porque a significância moral da maioria depende diretamente da circunstância de esta ser a maioria de um grupo determinado, de ser a maioria da *comunidade certa*. Quer dizer: uma maioria de japoneses não tem qualquer poder moral sobre o óleo norueguês. Segundo, porque, mesmo quando a comunidade é a certa, a regra majoritária pode não ser a mais justa, como na seguinte figuração: um bote salva-vidas superlotado, no qual um de seus integrantes deve ser afogado, sob pena de todos morrerem: qual o procedimento mais justo para eleger quem deve deixar a embarcação? Enquanto, para Waldron, a contagem de votos é não só o método adequado para resolver o desacordo, *mas também para, havendo divergência quanto à justiça deste método, escolher o método adequado de decisão*, para Dworkin, essa resposta é insatisfatória. Primeiro, porque até um sorteio seria mais justo do que deixar, simplesmente, que a pessoa menos popular seja a mais votada; segundo, porque, se há controvérsia a respeito da justiça de um procedimento, *não se pode automaticamente aplicar esse*

*mesmo procedimento para resolver a questão. Se há controvérsia a respeito da justiça do procedimento, essa controvérsia vai do início ao fim (all the way down).*⁵⁹

O que Dworkin quer dizer com o exemplo do bote salva-vidas é que, assim como gostos pessoais dos indivíduos que compõem a maioria não devem contar na decisão dos tripulantes a respeito de qual deles deve deixar a embarcação, essas parcialidades não devem, também, contar nas decisões de uma comunidade política a respeito dos direitos de uma minoria impopular. Entretanto, enquanto no “caso do bote” nós ainda teríamos o sorteio como uma solução mais justa, nas decisões coletivas da vida política isso não seria (ou quase nunca seria) uma alternativa viável. A decisão da maioria de uma comunidade sobre ir ou não à guerra, por exemplo, pode não ser melhor do que a opinião da minoria; contudo, será provavelmente melhor do que uma decisão tirada no *cara ou coroa*.⁶⁰

O autor norte-americano aponta que, se a legitimidade da coerção das decisões coletivas depende do fato de estas terem observado, na sua construção, a igualdade de tratamento e a dignidade humana, não há boas razões para se apoiar a simples *contagem de cabeças* pressuposta pela premissa majoritária. Igualdade política, para Dworkin, é uma questão de atitude, não de matemática⁶¹: ela exige que a comunidade política divida o poder não de modo mate-

59 DWORKIN, Ronald. *Justice...* Op. cit., p. 386-387.

60 *Ibid.*, p. 387.

61 Dworkin traça uma distinção entre três concepções de igualdade política, que podem ser assim resumidas: igualdade de *influência*, de *impacto* e de *tratamento* – esta, defendida pelo autor. A primeira significa que o poder político deve ser distribuído de modo que todos os cidadãos adultos tenham a mesma influência nas decisões políticas. A segunda, que os cidadãos adultos tenham igual impacto nesse processo: que a opinião de cada um dos participantes do processo tenha igual peso à dos demais na decisão final da comunidade. De acordo com o autor, essas duas primeiras concepções entendem a igualdade como um ideal matemático. DWORKIN, Ronald. *Justice...* Op. cit., p. 388.

maticamente igual, mas de uma maneira que *trate as pessoas como iguais*.⁶² E a igualdade de *tratamento* permite a construção de arranjos políticos que, desde que justificados pela dignidade humana, distribuam de maneira linearmente diferente o impacto eleitoral de cada um de seus membros. Essa é a *dignidade* – e não apenas o *poder* – da igual participação.⁶³

Este é, em resumo, o argumento de Dworkin contra o valor moral da premissa majoritária: a igualdade aritmética pode resultar em insulto à dignidade humana. Assim, a regra da maioria dá uma ênfase correta ao valor da igualdade de impacto, mas entende mal a natureza (e, portanto, também os limites) desse valor, colocando em risco, por intermédio de um *fetichismo* matemático, o verdadeiro valor em questão: a *liberdade positiva*.⁶⁴

O que nos devolve, em conclusivo, à questão da *judicial review*. Afinal, a atribuição de poder aos juizes de desconsiderar o que a maioria realmente quer, e que foi traduzida em legislação por seus representantes devidamente eleitos, é ou não antidemocrática? A concepção majoritária de democracia, vimos na sofisticada versão de Jeremy Waldron, entende que sim; a concepção da democracia constitucional dworkiniana entende que *não necessariamente*.

Objetivamente, Dworkin entende que os arranjos constitucionais que estabelecem diferença de impacto entre os atores públicos devem, em princípio, ser mantidos, ou seja: que somente devem ser desconsiderados caso essa diferença não possa ser justificada desde o ponto de vista da dignidade humana. Outra maneira de formular

62 Id.

63 Ibid., p. 391.

64 Ibid., p. 392.

a proposição é a seguinte: essas diferenças carregam um fardo: o de somente se justificarem quando for possível demonstrar que aperfeiçoam o caráter legítimo da comunidade.

Posto sob essa luz, o instituto da revisão judicial da legislação será legítimo na medida em que aprimore a legitimidade política como um todo, ou seja, na medida em que torne mais provável que a comunidade dê consequência a valores como a igualdade e a liberdade. A *judicial review* não é universalmente necessária para o sucesso de uma comunidade política democrática – mas também dela não decorre, em si, uma perda de autogoverno.⁶⁵ Tudo depende, em última análise, do *acerto* das decisões que forem tomadas.⁶⁶

Referências

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

65 Ibid., p. 398-399.

66 Esse argumento compõe a agenda teórica de Lenio Luiz Streck, autor que vem se dedicando à construção de uma teoria da decisão jurídica que seja adequada para o Brasil, à qual se agregam componentes presentes no pensamento de Ronald Dworkin. A partir de uma releitura da célebre tese dworkiniana da *one right answer*, Lenio vem defendendo que a construção de respostas corretas, adequadas à Constituição, configura um direito fundamental do cidadão. A propósito, conferir, necessariamente: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, passim.

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Trad. Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre; Universidad de los Andes, 1997.

FALLON JR., Richard H. The Core of an Uneasy Case for Judicial Review. *Harvard Law Review*, n. 121, 2008, p. 1701-1736. Disponível em: <<http://www.harvardlawreview.org>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MELLO, Cláudio Ari. *Kant e a Dignidade da Legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUSHNET, Mark. How Different are the Core Cases for and Against Judicial Review? *Social Science Research Network*, dez. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1320502>. Acesso em: 02 abr. 2014.

WALDRON, Jeremy. *Dignity, Rank, & Rights*. New York City: Oxford University Press, 2012.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, n. 115, abr. 2006, p. 1346-1406. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.



A INCOMENSURABILIDADE INTERPRETATIVA NO ATUAL CONTEXTO BRASILEIRO DO PRECEDENTALISMO DISCURSIVO DAS DECISÕES JUDICIAIS: o lugar da hermenêutica filosófica

MAURICIO MARTINS REIS

1 Notas introdutórias

O objetivo deste artigo é utilizar o conceito de incomensurabilidade no campo jurídico da interpretação prática, ou seja, no espaço resolutivo efetivo e hipotético de conflitos sociais.¹ O espaço de resolução efetiva das controvérsias abrange a competência jurisdicional, quando o Poder Judiciário é mobilizado pelas partes litigantes a elaborar um discurso de aplicação apto a resolver o impasse e configurar um modelo decisório para casos semelhantes ulteriores. Já o espaço hipotético de resolução de conflitos abrange a prática acadêmica, quando estudiosos do Direito estimulam por meio de suas pesquisas

¹ Sobre a relação entre incomensurabilidade, direito e principiologia, mediante uma vertente crítica com ascendência sistêmica predominante em Niklas Luhmann: NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. Princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 148-152.

fórmulas de solução para impasses que se apresentam no cotidiano. A característica de hipótese verificada neste último caso decorre da falta de competência constitucional por parte das soluções recomendadas pela doutrina, muito embora a qualidade de fundamentação desses conteúdos seja (ou possa ser) rigorosamente o mesmo do teor incidente nos discursos oficiais e autênticos de resolução das lides.

A incomensurabilidade remonta a um conceito da filosofia da ciência², que se mostra bastante pertinente para a análise do direito na sua perspectiva hermenêutica, vale dizer, no ambiente onde as decisões jurídicas são produzidas. Assim sendo, a hermenêutica é tomada aqui em um significado neutro (não problematizável enquanto ponto de partida³), como o contexto a partir do qual a temática do artigo virá à tona, que acena para o espaço de apresentação de razões, fundamentos ou interpretações divergentes, com a finalidade de se chegar a um adequado termo decisório nos marcos do ordenamento jurídico. Nesse aspecto, mostra-se indispensável a análise empírica do objeto de estudo, ou seja, o desmembramento minucioso do fato – nos termos de sua complexa estrutura jurídica qualificada sob

2 Sobre o tema específico da incomensurabilidade, é de consulta indispensável o livro de Paul Hoyningen-Huene (*Kuhn, Feyerabend e Incomensurabilidade*. Organização e introdução de Luiz Henrique de Lacerda Abrahão. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2014).

3 Portanto, a hermenêutica como fundamento do discurso ou como filosofia primeira na tarefa de refletir sobre o mundo e sobre o próprio pensamento (reformulação hermenêutica da ontologia a partir da matriz fenomenológica de Heidegger e da substantivação da hermenêutica filosófica com Gadamer) deixa de ser o propósito deste ensaio. Sobre tal aspecto, são indicativos por excelência os seguintes textos: a apresentação da hermenêutica filosófica por Manfredo Araújo de Oliveira (*Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 225-248), a problematização do caráter filosófico da hermenêutica filosófica por Ernildo Stein (É a hermenêutica filosófica filosofia? *Revista Filosofia Unisinos*, v. 3, n. 4, São Leopoldo, UNISINOS, 2002, p. 65-86) e as implicações da hermenêutica filosófica para o direito por Alexandre Pasqualini (Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. In: *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 159-180). Em contrapartida, conforme dito no corpo principal do texto e de acordo com o escopo do artigo, a hermenêutica concernente à interpretação do direito no tocante à análise do discurso argumentativo como metodologia de decisão para casos concretos é inerente ao horizonte de estudo de qualquer operador jurídico, o que não nos impede, senão nos impele, a falar da hermenêutica nesse segundo aspecto.

moldes argumentativos, a abranger tanto elementos fáticos como normativos – para que bem se compreenda o efeito desencadeador do conflito característico do excesso de interpretações.

A partir do momento em que se verifica o excesso de interpretações para o mesmo caso concreto e, depois de depurada, a procedência desse conflito como um problema genuinamente limítrofe para o sistema jurídico – na medida em que muitas ocorrências supostamente tidas como difíceis nada mais engendram do que uma aparente antinomia interpretativa, nas quais subjaz uma incapacidade técnica ou mesmo uma manipulação simbólica de modo a ficticiamente justificar um impasse decisório digno de empate entre razões concorrentes –, irrompe para si desafio análogo ao enfrentado pela ciência no papel de árbitro imparcial entre duas teorias rivais. E, ao se falar da rivalidade entre duas teorias científicas – assim como, essa é a nossa hipótese de estudo, da concorrência entre duas ou mais interpretações simultâneas para o mesmo problema jurídico –, chegamos ao conceito de incomensurabilidade como a descontinuidade paradigmática entre hipóteses adversativas, cuja discrepância faz supor uma espécie de fissura radical a tal ponto de se questionar uma base teórica comum (compartilhável) capaz de empreender uma solução satisfatória mediante consenso dos envolvidos.

Em caráter introdutório, o conceito de incomensurabilidade nos traz uma importante diferença – e transição – nos marcos da filosofia da ciência, a partir do momento em que, por seu intermédio, se questionou a invariância, isto é, a base comum irretocável, dos dados observacionais ou das propriedades fenomênicas suposta pelos referenciais empíricos de descrições teóricas. Isso quer dizer que a inco-

mensurabilidade proporcionou uma crítica ao modo (oriundo de Karl Popper) de conceber as evidências empíricas como medida comum incontestável para mensurar com êxito explicativo, ou seja, rumo à refutação (falsificação) de conjecturas, o conteúdo de teorias divergentes, com o que diluiu-se o demarcar estanque entre fato e teoria diante da dependência (ou comunicabilidade) entre o significado das sentenças observacionais e a teoria.⁴ Portanto, a incomensurabilidade ostenta a conclusão, baseada nas hipóteses científicas sucessivas de explicação sobre fenômenos do mundo, de que “teorias que substituem umas às outras, separadas por uma revolução científica, não fazem uso exatamente dos mesmos conceitos”.⁵

Vamos nos utilizar de um caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal como objeto da problemática da incomensurabilidade.⁶ Em primeiro lugar, utilizamo-nos de uma

4 Popper chegou a utilizar a expressão “base empírica” em seus escritos, depois substituindo-a por “enunciado básico”. Entretanto, mesmo ao fazer isso, por mais que ele próprio afirme não existir base empírica destituída de interpretação (os alegados dados da experiência, supostos pelos empiristas, são sempre para Popper interpretações à luz de teorias), remanesce o índice demarcatório (de segundo grau, pois agora o teste de falsificação decorre não da experiência, mas de enunciados com teor empírico suscetíveis de comparação e teste) advindo do campo da experiência, porquanto o denominado “enunciado básico” denota uma classe de enunciados (verdadeiros ou falsos) aos quais pode ser adjudicado um indiscutível caráter empírico capaz de ser facilmente testável. Assim, a base empírica continua vigente nos escritos popperianos, de modo a se propiciar ali o conjunto de enunciados – que se reportam à experiência – que podem funcionar como teste de teorias sobre a realidade. Note-se, enfim, para fazer justiça ao filósofo, que a permanência da base empírica possui caráter aberto ou conjectural, isto é, a experiência como argumento jamais elidirá novas possibilidades de teoria, de modo a se chegar ilusoriamente a um ponto último e definitivo avesso a interpretações (POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Trad. Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2003, p. 511-515).

5 HOYNINGEN-HUENE, Paul. *Kuhn, Feyerabend e Incomensurabilidade*. Organização e introdução de Luiz Henrique de Lacerda Abrahão. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2014, p. 36.

6 Trata-se do Habeas Corpus 82.424-2/RS, o caso Ellwanger, que versava sobre a produção editorial de livros com conteúdo discriminatório frente aos judeus, numa linha revisionista singular comparativamente à abordagem historiográfica tradicional retratadora dos quadros do regime nazista alemão sob a égide de Adolf Hitler. O proprietário da editora Revisão, Siegfried Ellwanger Castan, paciente daquela ação constitucional, publicou livros tidos como de conteúdo antissemita no Rio Grande do Sul sendo, com isso, processado pelo Movimento de Justiça e Direitos Humanos (MJDH), julgado pelo crime de racismo (Lei 7.716/89, art. 20, na redação dada pela Lei 8.081/90) sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, art. 5º, XLII) e condenado pela 3ª Câmara Criminal do Rio Grande do Sul.

ocorrência existencial já julgada para o fito de demonstrar que o tema em tela concerne, como pano de fundo, à interpretação jurídica (como processo e resultado) e aos seus limites e possibilidades frente à expansão hermenêutica do direito constitucional.⁷ Sobre o caso eleito como referência, o seu caráter privilegiado se justifica, entre outros motivos de metódica decisória, mediante uma paradoxal circunstância: diz-se que o julgamento efetuado pelo STF nesse precedente adotou uma decisão acertada – correta, adequada, tida como a mais justa – embora a articulação argumentativa tenha enveredado por fundamentos errôneos.⁸ Num segundo passo, evidencia-se exemplificativamente através desse processo judicial o polêmico recurso hermenêutico ao mé-

7 A constitucionalização do direito, assim, inaugura estações interpretativas de debate que se integram dialeticamente, como, por exemplo, o tema da normatividade dos princípios constitucionais, o foro da chamada hipertrofia dos direitos fundamentais, além do aspecto dos limites do recurso à ponderação e ao sopesamento (a título ilustrativo acerca desse imbricamento conceitual e dos efeitos para o sistema de aplicação do direito: DUQUE, Marcelo Schenk. *Direitos fundamentais. Teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014).

8 Defendendo o posicionamento adotado pela maioria dos Ministros do STF nesse caso paradigmático, mas apenas quanto ao resultado decisório em prol da improcedência do Habeas Corpus, perfilham-se CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: Uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Habeas Corpus n. 82.424-2-RS. In: *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011; TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob de. Liberdade de expressão e hate speeches: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de princípios no julgamento do caso Ellwanger. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, IMED, v. 9, n. 2, 2013. Um pouco diferenciada é a posição de Virgílio Afonso da Silva, que simplesmente contestou o procedimento metodológico adotado, sem ter ingressado no mérito sobre o acerto ou equívoco da decisão resultante do STF nesse precedente: “A única discussão possível, em sede de *habeas corpus* no STF, seria uma discussão sobre a qualificação do ato como sendo ou não racista. [...] Não há aqui espaço para sopesamento na forma como feito pelo Supremo Tribunal Federal” (*A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 168-169). Noutro escrito, Afonso da Silva entrevê a possibilidade de a ponderação, no aspecto do sopesamento de razões, albergar a procedência daquela ação constitucional em favor do paciente: “Se, como era o caso dos livros escritos ou publicados por Ellwanger, a ideia era, entre outras, negar o holocausto, poder-se-ia concluir que não se deve proibir essa possibilidade, porque é a própria liberdade de expressão e o livre fluxo de comunicação (e não um tribunal) que devem, eventualmente, mostrar que o autor do livro está errado” (Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 374).

todo da ponderação⁹, tido por muitos como o álbi retórico com o objetivo de sufragar dada interpretação em detrimento de outras sem o legítimo escrutínio dos fundamentos em debate. Finalmente, ao se adentrar no tema do conflito entre interpretações dissonantes numa específica controvérsia de índole constitucional, chegaremos ao ponto último da incomensurabilidade no direito. Como alcançar, perante duas (ou até mais) teses razoáveis para o mesmo caso, embora irreduzíveis entre si nas suas plataformas interpretativas – com o que se poderia afirmar ser uma “surda” em relação à outra, cujo relacionamento, no foro da arena pública, se limita à cordialidade de tratamento baseada no prelúdio gentil característico do “*data venia*” –, um tratamento hermenêutico, no seu processamento e resultado, consentâneo com o Estado Democrático de Direito?

Ocorre, antes de mais nada, que a incomensurabilidade contesta a prioridade de argumentos isentos de pressupostos axiológi-

9 Falar de ponderação, ao nosso ver, com a tônica hermenêutica adequada tendente a uma teoria da decisão, consiste mais no controle de proporcionalidade apto a congruar o critério a ser virtualmente adotado no caso concreto. Entenda-se aqui, então, a ponderação como ponderabilidade de razões, não como uma técnica ou metodologia abstrata promissória em antecipar parâmetros objetivos de resolução de conflitos de modo a imunizar satisfatoriamente a interpretação casuística calibrada na figura do processo argumentativo de razões, até mesmo porque referida acepção – em seu significado e desiderato práticos – não encontra guarida efetiva no mundo da vida. De acordo com Jorge Reis Novais, acerca da metodologia da ponderação, “por maior sofisticação que ALEXY e os seguidores procurem dar à fórmula, ela não poderá fornecer qualquer indicação vinculante e pré-determinadora de um resultado concreto para uma solução de colisão de bens nem avançar verdadeiramente qualquer progresso nesse sentido, uma vez que se limita à descrição dos factores de *bom senso* que um operador necessariamente tem presentes quando decide enveredar por uma metodologia de ponderação de bens que, em abstracto, sejam igualmente valiosos” (*Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 127). De maneira que os adeptos da ponderação assim entendida, diversamente do que propugna Lenio Luiz Streck, postulam, pressupondo que o respectivo recurso consiste em prática interpretativa de resolução casuística por critérios transparentes de razão intersubjetiva à luz do ordenamento vigente, com o que anuiriam sobre a impossibilidade de se cogitar da ponderação como uma técnica a consagrar o objetivo e direito deslinde da controvérsia jurídica (*Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49-50).

cos.¹⁰ Nesse sentido, todo o argumento pertence geneticamente a uma determinada premissa de valor; nas ciências, qualquer fato tido como bruto é incapaz de ser isento de teoria, enquanto, no direito, qualquer argumento dogmático retoma um ponto de partida interpretativo parcial. Assinalar, por exemplo, que a resposta jurídica adequada para certo caso concreto decorre da incidência de dado preceito legal especificamente considerado nada mais implica do que a indicação dogmática de um critério normativo existente no conjunto de diretrizes sistemáticas vigentes no sistema jurídico nacional, cujo consenso perante a comunidade de intérpretes não consegue solapar o fato de que aquele enunciado normativo resultou de alguma concretização axiológica via legitimação procedimental.¹¹ O procedimento a legitimar aquele critério, pois, não

10 É o que assinala Juarez Freitas com arrimo em estudo sobre os desvios cognitivos e a sua influência na interpretação jurídica: “Dito de maneira frontal, a interpretação jurídica, encarada com objetividade, apenas se deixa compreender paradoxalmente em sua inextirpável subjetividade. Só floresce quando se reconhece interativa e não acreditada em fantasias como a autonomia do objeto, como pretendia Emilio Betti, nada corroborado, nesse aspecto, pelas descobertas recentes sobre o funcionamento do cérebro. Bem por isso, indispensável ampliar a vigilância contra as simplificações de cânones hermenêuticos, inclusive porque se mostram alheios ao fato de que o cérebro nunca toma decisões somente com o córtex pré-frontal e combina razão com emoção (tanto nos casos “fáceis” como nos “difíceis”), sob pena de extraviar os sentimentos morais no processo interpretativo. Mais: sem emoção, os julgamentos, a rigor, resultam inviáveis” (Hermenêutica e desvios cognitivos. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, jan./jun. 2013, p. 289).

11 Importante a esse respeito é o esclarecimento tópico de Lenio Luiz Streck, que se nos mostra indispensável para fins de contextualizar – salvaguardando a si com fins até revisionais nesse lugar confuso, ambíguo e indeterminado que passou a ser a “Nova Crítica do Direito” – o seu próprio pensamento acerca da ponderação: “Quando concordamos que as questões morais, políticas etc., façam parte da “tarefa legislativa”, isso não quer dizer que haja, de minha parte – e, por certo, dos adeptos das posições substancialistas – uma viravolta na questão ‘procedimentalismo-substancialismo’. Se as posturas procedimentalistas pretendem esgotar essa discussão a partir da garantia do processo democrático de formação das leis, isso, no entanto, não esgota a discussão da concreta normatividade, locus do sentido hermenêutico do direito” (Decisão jurídica, integridade, norma de decisão e concretização da Constituição em tempos pós-positivistas. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Volume II: Constituição e Estado, entre Teoria e Dogmática. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 687). Por isso é que se discorda do alegado excesso da hipertrofia interpretativa no direito, como se reprovável fosse a invocação da hermenêutica para lidar com a resolução decisória dos conflitos. A hermenêutica, nesse condão, deve ser tomada não como instrumento metodológico, mas como a ambiência argumentativa em busca das melhores razões, eis que o processo interpretativo, querendo-se ou não, se mostra permanente e não ocasional (FREITAS, Juarez. *Hermenêutica e desvios cognitivos. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, jan./jun. 2013, p. 294).

desnatura sua natureza axiológica¹²; em termos comparativos, o argumento empírico de uma constatação factual nas ciências não é capaz de imunizar a teoria (a carga de valor) presente nos autos conclusivos do relatório científico.

A incomensurabilidade, assim, atesta a incontornável rivalidade de duas interpretações que se digladiam paritárias especialmente perante a jurisdição constitucional. Trata-se de situações limítrofes de modos distintos e incomensuráveis de interpretar o mundo (o direito, o caso concreto), inclusive, preconizado por alguns teóricos da incomensurabilidade, de cada qual diferentemente perceber os fenômenos do ambiente como mundo. Nesse passo, a incomensurabilidade justifica, resolvendo sob certo aspecto, o alegado problema da arbitrariedade de modelos interpretativos conducentes a respostas discrepantes: é que como não existem modelos neutrais de interpretação conducentes a um resultado de tipo algébrico¹³, uma vez que em toda a observação empírica incorre uma teoria e em toda a matriz de pensamento se irriga uma determinada valoração ou teoria de conteúdo subjacente, os discursos de aplicação do direito inevitavelmente se socorrem de pressupostos que invadem o

12 Como bem diz Jorge Reis Novais, na realidade prática, “um juiz respeitador da separação de poderes tenderá, naturalmente, a aceitar o resultado da ponderação que lhe foi apresentada para controlo e que foi anteriormente feita pelo órgão político, designadamente quando ele é o legislador democraticamente legitimado, desde que essa ponderação não seja manifestamente infundada” (*Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 127-128), o que nos levaria, nesse último caso de excesso, ao desempenho da fiscalização de constitucionalidade em seu desdobramento máximo, para efeito de extirpar a norma jurídica do ordenamento legislativo pátrio.

13 É o que Lenio Streck intitula de “calcanhar de Aquiles” da interpretação jurídica, ao criticar os métodos ou cânones hermenêuticos, que não oferecem uma diretriz primária indicadora do caminho a seguir como critério resolutivo das controvérsias de fato e de direito apresentadas ao intérprete, carecendo por isso, e contraditoriamente face ao que propõem no trato de sua metodologia formal, de concretização argumentativa no processo de aplicação: “Antes de a metodologia tradicional ter a função de dar segurança ao intérprete, é ela o seu verdadeiro calcanhar de Aquiles, porque não há como sustentar meta-critérios que possam validar ou servir de fundamento ao método empregado” (*Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 278).

suposto enclausuramento metodológico das correspondentes ferramentas interpretativas.

No direito, a polêmica sobre o alegado decisionismo ou arbitrariedade ínsito ao tema da ponderação adquire, então, uma estatura contraditória em alguns foros de debate, na medida em que a crítica ao recurso da ponderação – sob o risco de se produzirem decisões resistentes à ordem jurídica e incongruentes entre si – é protagonizada por estudiosos que defendem a mesma consequência – especialmente em se tratando das hipóteses em que uma lei poderá não ser aplicada – sob a batuta de uma outra intervenção que não a ponderativa.¹⁴ Ou seja, para as mesmas possibilidades arriscadas de interpretação rejeitadas pelo recurso à ponderação, onde a lei resulta concretamente relativizada no seu critério decisó-

14 A contradição aparece no seu aspecto mais geral em qualquer fundamento sobre discursos de aplicação quando, ao se criticar a falta ou deficiência de racionalidade no recurso à ponderação, se supõe que a matriz argumentativa alternativa seja absolutamente isenta de subjetividade interpretativa ou, então, que ela ofereça – sem dizer como – melhores requintes de suporte para oferecer racionalidade e objetividade no modo de aplicar o direito. Por conseguinte, há de se concordar com Virgílio Afonso da Silva, ao dizer que “muitos daqueles que veem no sopesamento um método irracional e subjetivo de aplicação do direito parecem supor que outros métodos seriam capazes de garantir uma racionalidade quase perfeita” (Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 367). Portanto, não se vislumbra oponível objetivamente – tomada a ponderação como processo de sopesamento entre razões concorrentes – a diferença entre hermenêutica e teoria da argumentação (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 652), esta condenável por uma abertura interpretativa conducente à arbitrariedade, aquela ofuscando a subjetividade do intérprete, repita-se, sem se dizer como ou através de que meios, de modo a legitimar a introdução do mundo prático no direito pelo (idêntico) uso dos princípios apenas pela hermenêutica! Ademais, os adeptos da crítica ao relativismo da ponderação, quando explicam o seu rechaço por conta da hipertrofia desmedida para interpretações dissonantes possibilitadas pelo recurso ao mesmo expediente ponderativo, olvidam que a matriz teórica por eles esposada igualmente confere margem para adjudicações diferenciadas de sentido, a não ser que cogitem – o que seria uma contradição performativa para a hermenêutica filosófica – de uma exclusividade autoral (esta sim, autoritária e característica da arbitrariedade) diante do que a hermenêutica seria capaz de cancelar em termos de interpretações adequadas. Ou não se poderia cogitar de um hipotético “Congresso de Hermenêutica Filosófica: Gadamer e o Direito”, em que se debateriam teses antitéticas acerca de controvérsias concretas na jurisdição constitucional? Portanto, chegar a resultados completamente opostos a partir da mesma “técnica interpretativa” não é consequência exclusiva da ponderação.

rio para acolher uma interpretação tida como a constitucionalmente adequada, resolve-se absolver e defender dito procedimento sob o pálio justificador de outras escolas de pensamento, baseadas, por exemplo, em aportes da hermenêutica filosófica (Hans-Georg Gadamer) em sintonia com a doutrina do direito como prática interpretativa (Ronald Dworkin).¹⁵ No que padeceria a ponderação diante da hermenêutica se ambas lidam com fundamentos concretamente manejáveis de maneira a arejar legitimamente via discurso de aplicação as indicações vinculantes e pré-determinadoras das prescrições legislativas?

Assim sendo, a ponderação afigura-se inevitável no quadro casuístico de se proceder, com vistas ao temperamento pontual e harmônico entre sistema e problema, o equilíbrio entre as normas abstratas e as configurações particulares circunstanciadas nos interesses concorrentes vislumbráveis no caso concreto. Com tal mote, bem mais importante do que debater a possibilidade de o Poder Judiciário manejar a ponderação, porquanto as ponderações resultam inevitáveis como processo de interpretação

15 Resta saber o que a tese da descontinuidade proposta por Lenio Luiz Streck, com sede em especial na hermenêutica filosófica gadameriana e em Dworkin, possui de diferencial frente à ponderação argumentativa para somente ela (ou pelo menos preferentemente ela como a mais adequada entre ambas) legitimar o recurso aos princípios constitucionais de maneira a se institucionalizar o mundo prático no direito (*Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57). Ora, as duas posições se equivalem no concerne ao direito como prática interpretativa, isto é, na sua estrita dependência para com a aplicação argumentativa concreta via processo judicial, não sendo o critério de interpretação necessariamente exaurido pelos discursos prévios de fundamentação do legislador. É contundente e corroborativa a esse respeito a fala de Streck em favor da inevitável aplicação principiológica incidente na interpretação do direito, a justificar a não aplicação da regra a determinado caso, “já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra” (Id., p. 557; faltou inclusive citar essa hipótese como mais uma entre as seis categoriais das hipóteses em que o Poder Judiciário pode deixar de aplicar um preceito legal, conforme Id., p. 605-606, 2011, 4. ed., sistemática corrigida a partir da 5ª edição daquela obra (2014) com o incremento da alínea “f” (sexta hipótese), quando se cogita de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, p. 605).

de razões concorrentes¹⁶, consiste em se determinar a maneira como essas operações ponderativas – não assumidas, pois, como técnicas objetivamente neutras e apriorísticas ao problema posto em causa – deverão ser processadas frente à necessidade de se garantir a previsibilidade, estabilidade e igualdade dos critérios adotados num Estado Democrático de Direito.¹⁷

16 Assim sendo, admitindo-se que a ponderação pode angariar mais de um significado, adota-se aqui a sua acepção no sentido de sopesamento ou valoração de razões, na esteira de Humberto Ávila, segundo a qual a atividade de ponderar representa o balanceamento hermenêutico de razões divergentes para a solução do mesmo caso jurídico, sendo que “a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios, mas critério de aplicação de qualquer norma, tendo em vista o caráter argumentativo do próprio Direito” (*Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 81). É importante registrar que o repúdio justificado ao arbítrio ou à discricionariedade desmedida do intérprete por força do recurso à ponderação consiste na contrapartida (no “outro lado da moeda”) de uma outra forma – bem mais grave – de se lidar com a insegurança jurídica, a saber, por intermédio de uma “trivialização do funcionamento das regras, transformando-as em normas que são aplicadas de modo automatizado e sem a necessária ponderação de razões” (Id., p. 114). Isso faz com que, por exemplo, o tema fundamental das decisões interpretativas (como a interpretação conforme a Constituição por excelência) seja solapado por um critério autômato – certamente, porque engessado uniforme, invariável e em abstrato o discurso de aplicação nas fórmulas legislativas, avesso a proliferar em arbitrariedades – de interpretação da Constituição conforme às leis. Assim, a abertura do direito como prática argumentativa pela força das normas constitucionais se mostra, ao nosso ver, como um mal menor passível de superação e aperfeiçoamento por intermédio, por exemplo, de uma doutrina séria e comprometida hermenêuticamente com a força orientadora dos precedentes judiciais. Assim, com o direito jurisprudencial alicerçado em casos paradigmáticos, o alegado arbítrio de uma assim denominada “decisão inédita” transforma-se numa adequada fórmula casuística de solução dotada das melhores razões (com potência ordenadora em virtude da capacidade de generalização do seu conteúdo valorativo para futuros casos semelhantes) com inequívoca preferência diante da invariância de se replicar do preceito legal invocado os mesmos fundamentos ante casos concretos diferenciados que lhe requerem distintas interpretações, harmoniosas entre si mediante uma adequada especificação hermenêutica (*distinguishing*) ou sucessivas umas face a outras no indispensável desenvolvimento do direito (*overruling*).

17 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 695. E prossegue, com toda a razão, ao asseverar que a crítica contra a ponderação deve ser relativizada, “na medida em que se tenha em conta que a impossibilidade de chegar, aqui, a decisões jurídicas consensualmente obtidas e de vinculatividade jurídica racional e intersubjectivamente comprovável não é exclusiva do recurso à ponderação de bens; ela é, sim, conatural aos sistemas normativos e persiste, ineliminavelmente, qualquer que seja a metodologia jurídica a que se recorra” (p. 698). Para o autor, “na resolução dos chamados *casos difíceis*, e mesmo que se recorra exclusivamente aos métodos jurídicos *clássicos*, duas pessoas chegam, ou sempre podem chegar, a resultados opostos e susceptíveis, todavia, de fundamentação nos mesmos cânones interpretativos” (Id., *ibid.*). Assim, o problema maior não reside na mera possibilidade de soluções diferentes para o mesmo caso, uma consequência, conforme visto, típica de todo e qualquer método jurídico, senão na eventual incapacidade de se fundamentar racionalmente – com comprovação argumentativa intersubjectivamente válida – um resultado obtido para fins de vinculação geral como critério. No mesmo sentido se inclinam as lições de Virgílio Afonso da Silva (Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 363-380).

No caso Ellwanger, é preciso dizer que os julgadores do STF que fizeram uso do recurso da ponderação, nomeadamente o Ministro Marco Aurélio, pretenderam responder à preliminar acerca da configuração do crime de racismo de acordo com o acervo probatório dos autos, o que indiretamente trouxe à tona uma indagação de matriz constitucional: a defesa de uma ideologia mediante veiculação editorial, mesmo com contornos preconceituosos, é por si uma prática racista ou já em si instiga ou incita comportamentos dessa índole? Mediante a análise ponderativa da extensão desse direito fundamental é que se dedicou a concluir sobre a não qualificação do ato como racista.¹⁸ Portanto, a natureza deliberativa da qualificação ou não do comportamento como racista não deixa de ser já um empreendimento ponderativo! Noutras palavras, ponderou-se indiretamente sobre a inconstitucionalidade, inscrita no art. 20 da Lei 7.716/89, da tipificação penal de manifestações racistas nas circunstâncias fático-normativas demonstradas nos autos do caso Ellwanger, efetuando-se, pois, uma decisão interpretativa (nulidade parcial sem redução de texto) com notória força de precedente.¹⁹

18 Diz o Ministro Marco Aurélio: “A questão de fundo neste habeas corpus diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele ideias preconceituosas e antissemitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo? Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Bem afirmou o ministro Carlos Britto que não achou, ao analisar minuciosamente o livro sob enfoque – e a denúncia está basicamente lastreada naquele escrito do paciente – qualquer afirmação categórica acerca da superioridade da raça alemã sobre uma ‘raça’ judaica, ou de que os judeus se constituiriam grupo inferior se comparado com uma ‘raça’ ariana. [...] O livro do paciente deixa claro que o autor tem uma ideia preconceituosa acerca dos judeus. Acredito que, em tese, devemos combater qualquer tipo de ideia preconceituosa, mas não a partir da proibição na divulgação dessa ideia, não a partir da conclusão sobre a prática do crime de racismo [...]” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul. Habeas-corpus. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Siegfried Ellwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Decisão: 17 set. 2003. DJ 19 mar. 2004, p. 887-888).

19 Concordamos com Virgílio Afonso da Silva nesse ponto, quando ele viabiliza a discussão – aceitando teoricamente o questionamento – acerca do acerto do legislador em incluir o exercício da liberdade de expressão como uma possível (diríamos quase inevitável) forma de racismo, nos moldes daquele descritivo legal: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Para o autor, “seria possível, especialmente se se partir

Interessantemente, mesmo os julgadores que se filiaram à tese da improcedência do habeas corpus, esclarecidos os seus fundamentos por esse prisma, endossariam (por ponderação de razões) que o crime de racismo, uma vez configurado como tal, não poderia ser negligenciado sob o manto do exercício regular do direito de liberdade de expressão.²⁰ O mesmo vale para os detratores doutrinários da pon-

de uma teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais, considerar que prática de racismo seja somente *tratar* alguém de forma diversa em razão de sua raça (ou cor, ou credo, ou orientação sexual etc.). Manifestar seu pensamento sobre determinadas religiões, raças, orientações sexuais não seria, segundo essa perspectiva, prática de racismo. Esse seria um outro resultado possível de uma ponderação entre a exigência do art. 5º, XLII, e as liberdades de imprensa e de manifestação do pensamento” (*A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 170). Apenas discordamos de sua doutrina quando Afonso da Silva assevera que o debate acerca da inconstitucionalidade em tela (de estirpe interpretativa, ao nosso ver conatural à própria aplicação do direito) seria estranho ao mérito de um habeas corpus, sendo apenas reivindicável como pretensão por meio de prejudicial de constitucionalidade ou nas ações de controle concentrado.

- 20 De se notar, destarte, que as críticas enveredadas contra o recurso da ponderação no caso Ellwanger na realidade se dirigem contra o resultado da interpretação procedida em torno da preliminar de não configuração do fato como prática de racismo, cuja problemática angaria ponderação de razões para os dois lados da contenda. Tome-se a solução adotada por Cattoni de Oliveira: “Considerando os argumentos dos impetrantes do HC, a argumentação do MP e dos seus assistentes, as fundamentações das decisões anteriores, do TJ-RS e do STJ, de modo a reconstruir imparcialmente as diversas pretensões apresentadas pelos envolvidos no caso, podemos afirmar que não se tratava *simplesmente* de uma discriminação religiosa, ou até mesmo de revisionismo histórico; mas da atribuição intolerante, estigmatizada, a todo um *povo*, de uma pretensa natureza corrupta e má, portanto indigna, a ser denunciada e combatida. Tratava-se, assim, de crime de racismo e não do exercício regular do direito de liberdade de expressão, justificando-se, assim, a não concessão do HC” (A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: Uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do *Habeas Corpus* n. 82.424-2-RS. In: *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 197-198). Digna de nota é a restrição de Lenio Streck apenas aos votos vencidos no HC 82.424-2 no tocante ao recurso do “relativismo ponderativo” (Jurisdição constitucional e decisão jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 650; *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 599-600), esquecendo-se de se reportar (talvez pela concordância com o resultado decisório favorável à tipificação de racismo) aos votos vencedores que igualmente se utilizaram do sopesamento, como, aliás, atesta o artigo de autoria de dois profissionais acadêmicos partilhantes da mesma matriz hermenêutica de pensamento: “os votos, vencedores e vencidos, demonstram a fragilidade dos debates, baseados em argumentos de política ou nos juízos de ponderação de valores” (TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob de. Liberdade de expressão e hate speeches: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de princípios no julgamento do caso Ellwanger. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, IMED, v. 9, n. 2, 2013, p. 25). Marcelo Cattoni de Oliveira (A ponderação de valores... Op. cit., p. 195-196) também registra que o raciocínio de ponderação foi indevidamente utilizado pelas duas linhas interpretativas (vencedores e vencidos) do Tribunal, sendo que tomou como parâmetro de crítica os votos dos Ministros Gilmar Mendes (vencedor) e Marco Aurélio (vencido).

deração: mesmo supondo que a decisão do julgado deveria ter sido “constrangedoramente simples” em prejuízo do paciente, estar-se-ia diante de uma efetiva ponderação valorativa, embora não assumida nominalmente como tal, pois resultou confessadamente realizada na medida em que, para justificar o juízo adequado de desacolhimento do habeas corpus, fundamentou-se que “a liberdade de manifestação de pensamento simplesmente não abarca a liberdade de manifestar um pensamento racista”.²¹ Perceba-se que o raciocínio ponderativo nem seria evitado caso se aduzisse que o problema se circunscreveria apenas à eventual configuração delituosa pela repercussão estrita do tipo penal inscrito no art. 20 da Lei 7.716/89: a ponderação não consegue ser evitada diante da constatação de que o tipo penal em comento demonstra-se inevitavelmente aberto e sujeito ao exame da proporcionalidade para o fito de coadunar concretamente a conduta de Ellwanger como comportamento criminoso típico, antijurídico e culpável.²²

A hermenêutica filosófica consiste na matriz de pensamento universal mais adequada (porque ela não é a única e tampouco ela pretende conviver pacificamente – sem o debate de força dos melhores argumentos – com outras que preconizam indicações diversas) para a reflexão do direito jurisprudencial. Isso porque o nó górdio

21 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 650.

22 As palavras de Gilmar Ferreira Mendes no seu voto são ilustrativamente claras a esse respeito, cujo teor conclusivo manifestou-se pela improcedência do habeas corpus: “É verdade, ainda que a resposta possa ser positiva, como no caso parece ser, que a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade. O próprio caráter aberto – diria inevitavelmente aberto – da definição do tipo, na espécie, e a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão impõem a aplicação do princípio da proporcionalidade” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul. Habeas-corpus. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Siegfried Ellwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Decisão: 17 set. 2003. DJ 19 mar. 2004, p. 655).

acerca da pergunta “por que se vinculam essas – e não outras – razões de decidir” ou “por que essa decisão merece vincular” ou ainda “por que devemos obedecer o caso-precedente” somente poderá ser desatado se, adrede quaisquer outros motivos, a obrigatoriedade dos precedentes suceder do seu êxito conteudístico material, cuja órbita dependerá, pois, do mérito dos argumentos na concorrência dialética frente aos demais esgrimidos – direta ou indiretamente pelo escopo de uma reconstituição razoável e verossímil – na constelação argumentativa.

Há contribuições significativas de intérpretes de Gadamer quanto à natureza normativa de sua própria filosofia, seja em termos de uma hermenêutica filosófica “normativo-metodologicamente relevante”, seja para nela identificar um transcendental de discernimento, rumo a um compreender bem-sucedido ou adequado e tendente a um “critério de progresso possível”.²³ O objetivo aqui proposto verteu-se em reivindicar filosoficamente o atributo normativo da hermenêutica filosófica, inclusive para retomar célebres diálogos entre Gadamer e outros pensadores (como Habermas, por exemplo) e replicar no direito o potencial de discernimento crítico que ela pode oferecer para a interpretação jurídica.²⁴ Nesse último aspecto, a interface entre filosofia e direito (filosofia no direito), convém estabelecer se determinadas lições supostamente amparadas na hermenêutica filosófica resultam legitimamente derivadas de suas premissas, espe-

23 APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia*. 1: Filosofia, Analítica, Semiótica, Hermenêutica. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 52-53.

24 Trata-se da apreciação vinculante por um terceiro imparcial, que é o órgão judiciário, cuja competência é a de individualizar o critério normativo do preceito jurídico para resolver o conflito posto em juízo diante interesses dissonantes (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 12). Interessante constatar que essa adequada especificação da interpretação jurídica por Betti já entrevê, logo adiante, uma das mais explícitas contradições entre ele e Gadamer, quando assevera que a correta compreensão da lei também garante a aplicação correta da norma ao caso concreto (Id., *ibid.*).

cialmente quando hoje inúmeras discussões almejam propor respostas em termos meramente conceituais, cuja antecedência, na opaca tranquilidade dos termos (como regras e princípios, ponderação e subsunção, interpretação e aplicação), parece menoscabar a genuína fonte de problematização filosófica no marco jurídico fundamental: a interpretação dos casos concretos.

Assim sendo, somos capazes de dizer, a partir das lições de Verdade e Método, que se justapõem as mais distintas formulações problemáticas interpretativas como constitutivas de uma única indagação com envergadura nuclear estruturante, em decorrência da inseparabilidade, proposta por Gadamer, entre aplicação, interpretação e compreensão (*applicatio*): como aplica o juiz a lei ao caso que deve ser decidido e como se interpretam as leis?²⁵ A grande questão que se propõe, em termos gerais, é se a hermenêutica jurídica é dotada do caráter transcendental da filosofia em suas duas dimensões, a saber, na esfera da constituição do sentido e na esfera da legitimação de sua validade, especialmente quanto a esta última.²⁶ E, especificamente considerada, se o espectro de validade, uma vez encontrado como atributo de racionalidade no discurso da hermenêutica filosófica, consolida-se apenas na compreensão dos textos jurídicos, ou se

25 As perguntas foram divididas por Jan Schapp na introdução de sua obra sobre metodologia jurídica por questões de esclarecimento pedagógico. É importante assinalar, segundo ele, que ambas têm a mesma força filosófica em contraste à pergunta sobre a justiça, com o que se legitima uma proposta de investigação filosófica séria a partir do problema da hermenêutica jurídica (Aplicação e interpretação da lei. In: *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 7).

26 Manfredo Araújo de Oliveira assegura que a hermenêutica possui a primeira das dimensões, “ao superar uma concepção unilateral da subjetividade, que constitui o sentido”, na medida em que Gadamer teria mostrado “uma subjetividade que se constitui enquanto já sempre marcada por seu mundo que, por sua vez, é historicamente mediado e linguisticamente interpretado” (Prefácio. In: ROHDEN, Luiz. *Interfaces da hermenêutica*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008, p. 16). Por sua vez, a dimensão de validade do sentido constituído não teria sido suficientemente trabalhada por ela (p. 17). O autor aproveita para dizer que Ernildo Stein teria negado o caráter transcendental, portanto, filosófico, da hermenêutica filosófica, hipótese que se quer investigar ao longo da orientação em conjunto com o citado professor (p. 16, em nota de rodapé).

vai além, rumo a uma instância dinâmica delimitadora de normatividade ou juridicidade argumentativa a partir dos problemas práticos que afligem a interpretação das normas vigentes.

Particularmente diante das significativas contribuições alavancadas por Ernildo Stein, nos propomos a investigar se realmente a hermenêutica filosófica pode ser considerada filosofia, mesmo diante da assumida atenuante, de acordo com o que se pode chamar de razão hermenêutica, de um transcendental, então despido de caráter lógico, embora tendente à generalização congruente de expectativas, típica dos discursos normativos de interpretação do direito. Nesse sentido, embora preliminarmente Stein tenha dito que Gadamer “não tem mais em mira [...] uma base para a pretensão de validade do conhecimento”²⁷, o que configuraria “um problema sério na fixação da legitimação da hermenêutica como filosófica”²⁸, em seus escritos mais recentes o que parecera ser uma contundência acaba tornando-se uma dúvida, ante a necessidade de indagarmos “pelo estatuto teórico com o qual Gadamer é capaz de fugir da queda numa espécie de experiência empírica”.²⁹ Mesmo “a redução do acento de Gadamer, na pretensão de universalidade da hermenêutica”³⁰, quando ela afirma nunca pretender possuir a última palavra, não implica desconsiderar o juízo de validade das interpretações jurídicas a partir

27 STEIN, Ernildo. É a hermenêutica filosófica filosofia? *Filosofia Unisinos*, São Leopoldo, Unisinos, v. 3, n. 4., 2002, p. 83.

28 *Ibid.*, p. 85.

29 Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 16. Aqui as conclusões do filósofo apontam não para uma ausência de caráter filosófico na obra de Gadamer (seria, portanto, a hermenêutica filosófica filosofia), mas para uma falta de originalidade, porque a sua intenção principal seria “tornar produtiva uma intuição da analítica existencial de Heidegger” (*Ibid.*, p. 24). Resta-nos saber se essa ocupação prática confere ao direito e à sua hermenêutica, por meio da filosofia gadameriana, juízo de validade discriminatório no acontecer jurisprudencial das perguntas e respostas, das boas e más interpretações.

30 STEIN, Ernildo. *Pensar e errar: um ajuste com Heidegger*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011, p. 209.

da hermenêutica filosófica, porquanto a impossibilidade de deter a última palavra apenas contrasta o absoluto devir hegeliano, ou seja, qualidades transcendentais fortes com firme intenção ontológica.³¹

Convém assinalar que a hermenêutica filosófica pode inaugurar uma específica ontologia forte (hermenêutica ontológica) em virtude de sua condição genuína e autonomamente filosófica, ao alicerçar-se com pretensão de abrangência e universalidade.³² Em suma, a hermenêutica filosófica poderia ensejar juízo demarcador de interpretações vinculantes no contexto jurídico, cuja predominância ficaria ao abrir de novos sentidos para futuros novos casos, jamais sequestrando a diferença ontológica de vindouras realidades. Em outras palavras, qual é o critério ou o garante de validade³³, obrigatório e vinculante nas suas específicas matizes de concretização interpretativa (*applicatio*) no decorrer da história, mas não absoluto (ou universalmente definitivo), é a pergunta que se propõe como fio condutor de nossas investigações.

De nada adianta reconhecer atualmente o caráter argumentativo-discursivo do direito, que os enunciados legais são inerentemente ambíguos, complexos e indeterminados, que a norma é o produto da interpretação jurídica (e não o seu objeto), que não existem sentidos preliminares suscetíveis de descoberta pelo intérprete no confronto com a ordem legislada, que por trás de todo o critério hermenêutico

31 Conclusivas são as palavras de Alphonse De Waelhens: “está muito claro que o núcleo da empresa de Gadamer consiste em interpretar Heidegger para metamorfoseá-lo num Hegel sem sistema. A passagem da dialética hegeliana para a hermenêutica de Gadamer [...] não abandona nada da pretensão da primeira: retomar a seu encargo tudo o que foi e elevar à sua verdade pela verdade do todo. [...] A finitude de Gadamer é aquela onde nada termina jamais. [...] É uma opção sobre a história. Menos totalitária que aquela de Hegel, mas mais ambiciosa que aquela de Heidegger” (Sobre uma hermenêutica da hermenêutica. In: *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 190-191).

32 ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 276.

33 *Ibid.*, p. 280.

reside uma confessada (ou negligenciada) teoria da decisão (com o que não se basta a mera genealogia da fonte como fundamento per se), que a fundamentação das decisões deve ser transparente em torno de quais razões abonam um determinado significado ao qual se empresta eficácia vinculante. Todas as justificativas precedentes, quando muito, possuem a capacidade de dissuadir o auditório jurídico quanto ao fracasso de expedientes teóricos tributários do positivismo exegético e discricionário, sendo o primeiro caudatário da única resposta antecipadamente posta pelo sistema legislativo (“caso-decreto”) e o segundo derivado de uma matriz de fungibilidade decisória cuja moldura interdita arbitrariedades extremas, muito embora consinta com a proliferação concomitante de múltiplas respostas para casos idênticos sob o crivo do livre convencimento (“caso-secreto”).

Para que o direito jurisprudencial seja competentemente vinculante, resulta indispensável angariar a teoria hermenêutica da resposta correta, finalidade a que não se consegue chegar tão somente pela substituição do discurso formalista pelo empreendimento discursivo (argumentativo) da intersubjetividade. Apenas a hermenêutica contempla a justificativa adequada em torno da hierarquia de argumentos, promovida concretamente a partir do enfrentamento interpretativo de controvérsias. Para tanto, haverá de se compreender que a resposta correta nem é a única, porquanto jamais resultará descoberta (ou revelada) como se sempre estivesse à disposição da comunidade de intérpretes (o que a tornaria invariável e submetida à sorte de mudança com o advento de transformações na fonte de direito), tampouco será a verdadeira, como se, embora construída justificadamente, fosse dotada de incolumidade ante ulteriores questionamentos.

A hermenêutica não pode ser tomada como técnica de interpretação, pelo menos se a situarmos historicamente após o surgimento de Verdade e Método, de Hans-Georg Gadamer. É certo que o filósofo responsável pela substantivação da hermenêutica jamais outorgou um método seguro para se alicerçar uma interpretação como a melhor; porém, tampouco a sua filosofia descredenciou o estatuto da verdade, entendida esta como uma fórmula histórica e, pois, não definitiva, de se identificar em concreto o critério correspondente para a correção da compreensão. E no direito isso significa, por primeiro, a precedência de todo e qualquer juízo como sendo interpretativo antes de ser dogmático e, em segundo lugar, a necessidade do confronto com um saber puro alheio à pertença do intérprete com o caso problemático posto. Trata-se de uma inevitável e complementar ponderação da equidade.

Assim sendo, não se está a credenciar um discurso irresponsável – e arrogante – de “hermeneutização” do direito, uma espécie de ferramenta *ad hoc* apta a legitimar interpretações afins às volições subjetivas do intérprete. No entanto, a universalidade hermenêutica é um pressuposto com o qual o mais ortodoxo dogmático jurista haverá de lidar, sem poder replicar que a técnica interpretativa em si – ou o preceito normativo literalmente considerado – engendraria a dispensabilidade da hermenêutica filosófica.

Questionamos por que apenas hoje se apuram os motivos para a tendência de um modelo jurisprudencial vinculante. Entendemos, com Heiki Pohl, que “uma decisão judicial contém sempre uma pergunta geral com a sua resposta ao lado de uma pergunta singular com a sua resposta”, e que, para o reconhecimento de um precedente como obrigatório, “é irrelevante o número de decisões

iguais, se única decisão ou repetidas em série”.³⁴ Por evidente que um precedente obrigatório, aspirante a uma expectativa normativa consolidada, carece de um aspecto institucional, de emanar de um Tribunal Supremo mediante o cumprimento do devido processo legal-constitucional, e de um aspecto hermenêutico, atinente ao conteúdo decisório fundamentado com o suporte das melhores razões.

E às melhores razões não basta o esclarecimento de como elas foram elaboradas e fundamentadas, pois a objetividade e a previsibilidade proporcionadas no trato público do debate em prol do estatuto da segurança jurídica não garante a estabilidade de permanência de um precedente durante significativo espaço de tempo. Apenas um julgamento tido como preferencial com sede em uma perspectiva comparativa de conteúdo – melhores razões foram adotadas com o desabono de argumentos concorrentes inclusive razoáveis – tende a ser maduro e com resistência discursiva suficiente para se firmar perante riscos atomísticos de desintegração interpretativa (a troca dos colegiados, o recorrente pôr à prova um precedente pela insistência de um fator já superado etc.).

Referências

APEL Karl-Otto. *Transformação da Filosofia*. 1: Filosofia, Analítica, Semiótica, Hermenêutica. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2014.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

34 POHL apud DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Súmula Vinculante no Direito Penal Tributário: uma Nota Crítica à Decisão do Supremo Tribunal Federal no Julgamento do HC 108.037/ES. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 200, p. 84.

DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Súmula Vinculante no Direito Penal Tributário: uma Nota Crítica à Decisão do Supremo Tribunal Federal no Julgamento do HC 108.037/ES. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 200.

DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, Juarez. Hermenêutica e desvios cognitivos. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, jan./jun. 2013.

HOYNINGEN-HUENE, Paul. *Kuhn, Feyerabend e Incomensurabilidade*. Organização e introdução de Luiz Henrique de Lacerda Abrahão. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2014.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. Princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Prefácio. In: ROHDEN, Luiz. *Interfaces da hermenêutica*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

_____. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: Uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do *Habeas Corpus* n. 82.424-2-RS. In: *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. In: *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Trad. Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2003.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre: Fabris, 1985.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.

STEIN, Ernildo. É a hermenêutica filosófica filosofia? *Revista Filosofia Unisinos*, São Leopoldo, Unisinos, v. 3, n. 4, 2002.

_____. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Pensar e errar: um ajuste com Heidegger*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Decisão jurídica, integridade, norma de decisão e concretização da Constituição em tempos pós-positivistas. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Volume II: Constituição e Estado, entre Teoria e Dogmática. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Liberdade de expressão e hate speeches: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de princípios no julgamento do caso Ellwanger*. *Revista Brasileira de Direito*, IMED, Passo Fundo, v. 9, n. 2, 2013.

WAELEHENS, Alphonse De. Sobre uma hermenêutica da hermenêutica. In: *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TRANSPARÊNCIA, DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO E PARTICIPAÇÃO NA GESTÃO DA COISA PÚBLICA: exposição de motivos ao Projeto de Lei de processo administrativo no município de Porto Alegre

MAREN GUIMARÃES TABORDA¹
GAMALIEL VALDOVINO BORGES²

Ao mestre, Almiro do Couto e Silva, com gratidão.

Na perspectiva sociológica, no curso do século XX, sociólogos e juristas buscaram estratégias diferentes para explicar ou descrever as sociedades contemporâneas, fazendo, muitas vezes, analogias com a organização dos seres vivos, como a teoria da *autopoiese*, de Luhmann,³ ou, fundando-se na *linguagem*, como a *teoria da ação*

- 1 Professora Adjunta de História do Direito e de Direito Constitucional da FMP. Professora Adjunta de Direito Constitucional da PUCRS (licenciada). Mestre e Doutora em Teoria do Estado e do Direito pela UFRGS. Especialista em Gestão Tributária pela Universidad Castilla - La Mancha, Espanha. Procuradora do Município de Porto Alegre.
- 2 Especialista em Direito Tributário pela Unisinos. Professor de Direito Tributário da ESDM – Escola de Direito Municipal. Procurador do Município de Porto Alegre.
- 3 A utilização de metáforas biológicas esteve muito em voga na ciência do séc. XIX e, com elas, foi possível pensar o Estado como uma pessoa jurídica, que age através de seus órgãos. Para Hubert Rottleuthner, uma metáfora é uma transferência, particularmente de conceitos. Na história da ciên-

comunicativa, de Habermas.⁴ Segundo isso, a administração é “um sistema social de comportamentos organizados, o seu agir consiste no fato de produzir e comunicar decisões que vinculam os destinatários”. A Administração Pública (administração do sistema político que dispõe da legitimidade para produzir decisões vinculantes em confronto a todos os destinatários) se deixa descrever, então, como o *sistema social da distribuição de poder legítimo e formalizado*.

Na medida em que a Administração Pública produz, elabora e processualiza uma racionalidade autoconstruída, transforma irregularidades em regularidades e, assim, pode elaborar politicamente os temas que a comunicação social, através da opinião pública, isolou como temas relevantes. Nos últimos anos (pelo menos desde a Constituição de 1988), entre os temas que a opinião pública brasileira isolou como importantes, está a questão da “participação direta” do cidadão na vida administrativa e da sua condição institucional: a

cia, a biologia, depois de Darwin, se tornou a disciplina paradigma, ou dirigente, e seus conceitos, modelos e perspectivas, tais como “desenvolvimento”, “luta”, “vida” e “organismo”, foram transferidos para outras disciplinas. A concepção de organismo, consistente na consideração da pessoa jurídica em sua estrutura interna e de sua relação com outros sujeitos de direito, teve como consequências práticas específicas a construção sistemática da ordem jurídica e dos conceitos jurídicos individuais bem como a decisão sobre questões individuais tais como a constituição, a participação e a fundação enquanto ato coletivo e não como um contrato, a incorporação/desincorporação, organização e órgão (representação), competências, procedimentos, capacidade legal e responsabilidade da pessoa jurídica. Mesmo que as comparações entre o Estado, a sociedade, a Igreja ou outras coletividades e os indivíduos – seus corpos, atributos físicos e psíquicos – sejam “tão velhas quanto o mundo”, os termos “orgânico”/“inorgânico” como hoje são entendidos só foram estabelecidos no fim do séc. XVIII, e Otto Gierke foi o primeiro a utilizar a metáfora do “organismo” de um modo rigoroso. Foram as ideias fundamentais de Gerber (Estado-pessoa moral, Estado-poder público e o conceito de órgão) que influenciaram toda a geração que elaboraria, definitivamente, a teoria do Estado como pessoa jurídica. Ver, para estas considerações, ROTTLEUTHNER, Huber. In: *Les métaphores biologiques dans la pensée juridique. Archives du Philosophie du Droit*. T. 31. Paris: Sirey, 1986, p. 216-227; LOS RIOS, Fernando. Prólogo à obra de JELLINECK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970, p. X/XI. Ver, ainda: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980, passim; e *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, passim.

- 4 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.; *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984; *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989; *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990; *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

publicidade entendida como *direito de saber* e como *dever de motivação das decisões administrativas*. No entanto, a transformação do poder de comunicação dos cidadãos em poder administrativo deve ser organizada pelo Direito e, para isso é essencial o processo administrativo: a abertura da sociedade ao modelo procedimental se deve à capacidade daquele de gerar consensos.

Que o direito de acesso (direito à informação sobre a atividade dos poderes públicos) esteja estreitamente vinculado aos princípios constitucionais da soberania popular e da democracia é tão evidente que, na última metade do séc. XX, quando se começou a falar em participação, iniciou-se concomitantemente uma ampla reflexão a respeito da necessidade de “transparência” (publicidade) nos Estados ocidentais. Esse movimento, aliás, é considerado uma espécie de *revolução copernicana*, que pôs em primeiro plano os direitos do cidadão e passou a repensar e reorganizar a Administração como estando a seu serviço, no sentido de que esta opera para tornar efetivos os direitos reconhecidos nas Constituições e nas leis de modo geral. No particular, o princípio do *segredo de Estado* foi substituído por aquele que lhe é diametralmente oposto, qual seja o da mais ampla *publicidade*.⁵

5 Ver: ALPA, Guido. Aspetti e problemi della partecipazione nel diritto urbanistico: appunti per una discussione. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 1, 1979; DEBBASCH, Charles. *La Transparence Administrative en Europe*: actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990; *Freedom of Information Act and the Privacy act of 1974 to request government records*; BELLOMIA, Salvatore. *Il Diritto di accesso ai documenti Amministrativi e suoi limiti*. Milano: Giuffrè, 2000; CAVALLO, Bruno (a cura di). *Procedimento Amministrativo i Diritto di Accesso*: Legge 7 agosto 1990, n. 241. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993; CÓDIGO de Procedimento Administrativo. 3. ed. Coimbra: Livraria da Universidade – Edições Jurídicas, 1998; COUTO E SILVA, Almiro do. Consulta formulada pelo Prefeito Tarso Genro: Veiculação de Publicidade com Infrigência eventual do art. 37, §1º das CF e Estatuto das Licitações. Possibilidade do slogan “Administração Popular”. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 8, n. 9, ago. 1996; COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (Org). *Direito Administrativo e Constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 77-90, 1992; GIANNINI, Massimo Severo. I Pubblici poteri negli stati

Na discussão em torno dos vários sentidos do princípio da publicidade, o mais imediato sentido é o de que este é, primeiramente, um preceito que tende a preservar a *res publica*, isto é, a comunidade política no sentido que Kant lhe dá, porque esta, sendo regida por leis, unida aos conceitos de “democracia” e de “governo não despótico”, é o fundamento do Estado de Direito.

O problema do estabelecimento do Estado [...] formula-se assim: Ordenar uma multidão de seres racionais que, para a sua conservação, exigem conjuntamente leis universais, das quais, porém, cada um é inclinado no seu interior a eximir-se, bem como estabelecer uma constituição de um modo tal que estes, embora opondo-se uns aos outros nas suas disposições

pluriclasse. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, v. 2-3, p. 389-404, 1979; GOMES, José Osvaldo. *Fundamentação do Acto Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 198; GORDILLO, Agustín. Participación Administrativa. *Revista de Derecho Público*, São Paulo, v. 18, n. 74, p. 15-25, abr./jun. 1985; HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003; KELSEN, Hans. Essência e Valor da Democracia e Fundamentos da Democracia. In: A DEMOCRACIA. São Paulo: Martins Fontes, 1993; LAPERRUTTA, Lilla (a cura di). *Procedimento Amministrativo e Diritto di accesso: commento organico alla L. 241/1990 come modificata dalle leggi 11 febbraio 2005, n. 15 e 14 maggio 2005, n. 80*. Napoli: Edizioni Simone, 2005; MARIANI, Marco. *Il diritto di accesso dopo la riforma dell'azione amministrativa: legge 11 febbraio 2005, n. 15*. Torino: Giappichelli, 2005; MASUCCI, Alfonso. La legge tedesca sul processo amministrativo. *Quaderni di Diritto processuale amministrativo*, Milano, 1991; MAYER, Franz. La Legge sul procedimento amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca. Trad. Achille Meloncelli. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 3, 1977; MEDAUAR, Odete et al. *Estatuto da Cidade, Lei 10.257, de 10.07.2001: comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993; NIGRO, Mario. Problemi dei nostri tempi: il nodo della partecipazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, mar. 1980; NIGRO, Mario. Procedimento Amministrativo e Tutela Giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione: Il problema di una Legge Generale sul Procedimento Amministrativo. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, n. 2, apr./giug. 1980; OLIVEIRA, Cristiane Catarina. *O Município Brasileiro: Participação Política e Conselhos Municipais*. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005; PARTICIPAZIONE. In: SAVIGNANO, Aristide. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 19, v. 32; RIVERO, Jean et al. *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1986; SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada 1: o debate contemporâneo*. São Paulo: Ática, 1994; SÉRVULO CORREIA, José Manuel. O Direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa. In: AMARAL, Diogo Freitas; LOPEZ RODÓ, Laureano. *Procedimento Administrativo: ponencias del I coloquio hispano-portugués*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Publica, 1994; SUNFELD, Carlos Ari. Princípio da Publicidade Administrativa: Direito de Certidão, Vista e Intimação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, jan./mar. 1995; TABORDA, Maren Guimarães. O Princípio da Transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: n. 230, out./dez. 2002.

privadas, contêm-se, no entanto, reciprocamente, de maneira que o resultado da sua conduta pública é o mesmo que se não tivessem essas disposições más.⁶

Com essas palavras, Kant, na modernidade, sustentou a harmonia entre política e moral e a necessidade de visibilidade do poder ou de seu “exercício público”.⁷ Mais do que isso, se todo ato político tem de tolerar um controle por parte do público, por cuja aprovação pode alcançar a legitimidade moral e a legalidade jurídica, então a publicidade dos atos políticos se converte em condição indispensável para a legitimação moral da política e para a democracia, a partir da unidade de interesse entre governantes e governados.⁸ Nesse significado, publicidade é *transparência* (art. 37 da Constituição, *caput*). A estreita conexão funcional entre publicidade, participação e processo administrativo pode ser entendida como o resultado de uma

-
- 6 Kant, tanto na *Metafísica dos Costumes* quanto na *Paz Perpétua*, defende que a constituição civil, em cada Estado, “deve ser republicana” e enfatiza a diferença entre *res publica* e democracia. A democracia é uma das formas da soberania (modo de governar o povo), e a república, a forma do regime que se refere ao modo como o Estado faz uso de seu poder.). In: KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e outros opúsculos*, p. 130-132; *La Metafísica de las Costumbres*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- 7 KANT, *A Paz Perpétua...* Op. cit., p. 147. De acordo com Hannah Arendt, o que Kant disse é que o homem mau é aquele que abre exceção para si, de modo que, em política, diferentemente da moral, tudo depende da conduta pública. “Por que nenhum soberano jamais ousou declarar que não reconhece absolutamente nenhum direito do povo que a ele se opõe? A razão é que tal declaração pública levantaria todos os súditos contra ele [...]”. Ver, para isso, ARENDT, Hannah. *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993, p. 22.
- 8 HABERMAS, J. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Trad. Flávio Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 128. *In verbis*: “[...] a ‘publicidade’ em Kant deve ser considerada como aquele princípio único a garantir o acordo da política com a moral”. De acordo com Howard Caygill, Kant abstrai o “atributo formal da publicidade” dos aspectos materiais do direito público (interno e internacional), fazendo a associação entre razão, comunicação e esclarecimento. Essa associação, segundo ele, “foi um considerável estímulo ao desenvolvimento da teoria política no séc. XX. Arendt explorou minuciosamente as implicações da noção de Kant de publicidade [...], enquanto as relações ente publicidade e razão comunicativa foram extensamente estudadas por Habermas [...]”. In: *Dicionário Kant*. Trad. Álvaro Cabral, revista por Valério Rohden. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, verbete: “Publicidade”, p. 268. Também: BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*: uma defesa das regras do jogo. Tradução brasileira de *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, por Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 90; MAIHOFER, Werner. Princípios de uma democracia em liberdad. In: HEYDE, Wolfgang (Org.) *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 274.

seleção, que serve de premissa para decisões da Administração e que funciona como estrutura para os processos decisoriais, absorvendo inseguranças e reduzindo complexidades. O problema é que o que se seleciona da realidade é apenas uma parte daquilo que é possível, e daí, o que ocorre como evento poderia ter sido diferente de como é: como afirma De Giorgi, “para cada seleção da realidade produzem-se novas possibilidades sobre as quais antes não era possível pensar-se”.⁹ Cada decisão, por sua vez, ao reduzir a complexidade do ambiente, incrementa a complexidade do sistema, porque a elas podem ser imputadas consequências que outras decisões teriam evitado.

Os antecedentes normativos do projeto de lei municipal ora apresentado são a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e a Lei Municipal nº 14.141, de 27 de março de 2006, de São Paulo, que dispõe sobre o processo administrativo na administração pública municipal. Tais leis de processo administrativo se inserem em um quadro de transformação da função administrativa que está ocorrendo nos países ocidentais. Na medida em que se alteram as funções do Estado e da Administração, modificam-se as relações entre Estado e particulares e se alteram as próprias concepções do Direito Administrativo. Esse movimento da Administração Pública para o exterior (princípio de publicidade) não prescinde que se extrapole, igualmente, o perfil do processo administrativo ligado somente à dimensão do ato administrativo para se chegar até a *legitimação do poder*.

O resultado é que a Administração, ao se “comunicar” melhor com os cidadãos, renova as suas estruturas tradicionais (muitas vezes paralisada pela insuficiência de informações, fechada em si mesma,

9 DE GIORGI, Raffaele. A Administração Pública na Sociedade Complexa. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, n. 8. Porto Alegre, 2013, p. 121.

trabalhando em compartimentos separados e estanques, agarrada em rotinas) e se torna mais *eficiente*. Assim, a Administração prestadora encontra sua eficácia não só nos comandos autoritários, mas, principalmente, no convencimento persuasivo dos cidadãos: é o caminho percorrido da eficácia – aptidão para produzir o resultado concreto da ação – à eficiência – apreciação valorativa desse resultado ou inserção do “resultado como parte essencial da finalidade pública”. A eficiência é, por conseguinte, realização eficaz de fins pré-dados, modo de realização ótima dos fins (noção formal que se traduz em uma relação meios-fins) e exigência de celeridade.¹⁰ Acrescido a isso, está o *controle da efetividade*, que se destina “a verificar se a ordem dos fatos reproduz, enfim, a contento, o disposto na ordem jurídica”.¹¹

Em síntese, a legitimidade da Administração como poder resulta da Constituição – ela dispõe da competência para a prossecução das tarefas que lhe são atribuídas; a perseguição desses fins pressupõe complexos organizatórios e procedimentos, e não é indiferente o modo de atuação do poder. Assim, a mera legalidade material já não assegura a legitimidade administrativa de exercício: esta exige a penetração dos cidadãos e dos grupos na organização e no procedimento. Daí e apenas com esse sentido, poder-se-á falar de uma função legitimatória (no plano normativo) dos procedimentos, desde que estes estejam estruturados de forma devida ou justa.

A legitimidade da Administração democrática repousa também no fato de que, se o cidadão concorre para a realização do bem

10 Cf. GONÇALVES LOUREIRO, João Carlos. *O Procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 131-132.

11 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Juridicidade, Pluralidade Normativa, Democracia e Controle Social: reflexões sobre alguns rumos do direito público neste século*. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 92-113.

comum, a Administração deve *aceitar* a colaboração dos particulares ou de *corpos intermediários* e, por vezes, a sua ingerência, já que o cidadão, mesmo quando outorga mandato ao Executivo ou ao Legislativo, “não abdica de seu direito à proba e eficaz administração dos negócios públicos.”¹² Há aí também uma razão tecnológica: a Administração Pública está em condição de administrar (cuidar do que é de todos) melhor se receber os pontos de vista dos portadores de interesses coletivos, na medida em que estes, por conhecerem os dados concretos e os fatores humanos e técnicos que condicionam uma decisão, sempre podem trazer algum elemento que modifique o projeto inicial, justificando sua opinião e obrigando a Administração a explicar os motivos de sua ação, facilitando, assim, sua execução.¹³

A inserção da aspiração democrática na Administração é um diálogo que permite considerar, na decisão administrativa, o real e o ideal, e os interesses contrapostos são mediados através do *processo administrativo*, que dá forma a esse diálogo. “Processo” é administração em movimento, é a sua “forma” ou a expressão dinâmica da função¹⁴, e a extensão das formas processuais à função administrativa marcou justamente a passagem de uma concepção subjetivística (“manifestação da vontade da Administração”) para outra mais objetiva, de modo que, “pelo enfoque da função, entre a norma que atribui o poder e o ato administrativo, coloca-se a função e não a

12 MANCUSO, Rodolfo Camargo. Ação Civil Pública: instrumento de participação na tutela do bem comum. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1988, p. 194.

13 A noção de que o cidadão é um *colaborador* da Administração na realização do bem comum já se encontra no trabalho de Maurice Hauriou, de 1926: *Précis de droit Administratif et de droit public*. 12. ed. Revue et mise à jour par André Haurion. Réédition présentée par Pierre Devolvé et Frank Moderne. Paris: Dalloz, 2002, p. VI

14 A expressão é de BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 188 e ss. Para o autor, entre o poder e o ato há um hiato que deve ser preenchido pela noção dinâmica de função, cuja forma sensível é o procedimento: a função é um momento da concretização do poder em ato.

autoridade com sua vontade; o ato administrativo é visto, portanto, como produto da função e não como manifestação pré-constituída de um sujeito privilegiado”.¹⁵

Dado que a função administrativa também se exterioriza na “relação de administração”, quando esta se desenvolve segundo um esquema sequencial em que há contraditório, ela pode ser qualificada como “relação processual administrativa”. Se a relação jurídica é um ‘conceito-quadro’ que permite explicar fenômenos que vão além do ato administrativo como os de participação – dos particulares ou outras autoridades públicas – no procedimento, uma vez que este “constitui uma das modalidades de relação jurídica”, a noção do que seja “processo administrativo” é assimilada à de relação jurídica, na medida em que aquele é um instrumento de regulação dessas relações, “cujos intervenientes são chamados a actuar para a defesa de suas posições jurídicas substantivas”.¹⁶

Ademais, os direitos subjetivos dos indivíduos e dos grupos têm uma dimensão procedimental cada vez mais importante na Administração moderna (conformadora de infraestruturas), pois estes têm faculdades de intervenção e oportunidades de influência no processo administrativo. Essa dimensão procedimental dos direitos subjetivos, que fez nascer um verdadeiro *status activus processualis*, acabou por se constituir em um “princípio estruturador da Administração jurídico-constitutiva”, adquirindo diferentes configurações segundo a legislação, a jurisprudência e a doutrina administrativa, conforme suas especificidades próprias.

Dada a progressiva aproximação entre a Administração e o cidadão, o procedimento deixa de “pertencer” à Administração para

15 MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1993, p. 60.

16 Cf. PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 161.

tornar-se uma “espécie de ‘condomínio’, no qual particulares e autoridades administrativas se tornam ‘cúmplices’ da realização das tarefas administrativas”.¹⁷ Assim, o procedimento acabou por alterar o “tipo burocrático” de administração delineado por Weber, que surge hoje profundamente transformado pela participação, implicando uma “verdadeira e própria repartição do poder (*potestade*) administrativo entre o titular burocrático formal e a pluralidade dos intervenientes”.¹⁸

Por procedimento não se entende somente uma seqüência ordenada de atos em vista de uma medida, mas, sobretudo, um modo e um método de ordenar os múltiplos interesses e objetivos públicos que são relevantes para diferentes centros de poder. Com isso, o centro de gravidade do direito administrativo se desloca do ato administrativo e sua concepção clássica de resultado conclusivo da atividade de preparação e de elaboração da decisão para o caminho – o *iter* – mesmo de formação da decisão.

A extensão das formas processuais à atuação da Administração aconteceu em um quadro teórico que procurou explicar o seu novo funcionamento. Com efeito, a aproximação da função administrativa com a função jurisdicional enquanto funções executivas “lançou os fundamentos teóricos da ideia de alternatividade do procedimento administrativo relativamente ao processo judicial”.¹⁹

O processo tende a ser um instrumento para a realização da atividade administrativa, pois acaba definindo a própria forma desta, a teor do que ocorre com a função judicial através do processo ou com a função legislativa, por meio do processo legislativo. Daí decor-

17 Ibid., p. 304.

18 NIGRO, Mario. Procedimento Amministrativo e Tutela Giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione: Il probleme di una Legge Generale sul Procedimento Amministrativo. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, n. 2, apr./giug. 1980, p. 274.

19 Cf. PEREIRA DA SILVA, op. cit., p. 320.

rem duas consequências: a *primeira*, de o procedimento jurisdicizar a atuação administrativa, “submetendo-a a regra ou pautas formais”, e a *segunda*, de o procedimento permitir “aos cidadãos conhecer, anteriormente, o desenvolvimento da atuação administrativa, garantindo assim a defesa de seus direitos e interesses frente a ela”.²⁰ Ante essas considerações, pode-se relacionar a processualização da Administração com um movimento em direção à sua *legitimação* e *moralização*.²¹

O Projeto de Lei em discussão, em que pese ter como paradigma a Lei de Processo Administrativo Federal, a Lei de Procedimento Administrativo Portuguesa, a Lei de Procedimento Administrativo da Alemanha (1975) e a Lei de Procedimento Administrativo da Itália (com modificações de 2005), é também inovador em muitos aspectos em relação à Lei Federal ou mesmo à lei municipal de São Paulo. Elaborado por *Grupo de Trabalho* constituído por servidores municipais²², o projeto foi debatido com servidores dos poderes Executivo e Legislativo e por convidados, como a OAB/RS.²³ Após esse amplo debate, foram ainda realizadas reuniões com representantes de diversas Secretarias, objetivando discutir e incluir os ajustes propostos. Quer dizer, o Poder Executivo Municipal enfrentou a realidade de cada ór-

20 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Procedimentos de exercício da Cidadania perante a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 207, jan./mar. 1997, p. 53.

21 CF. GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 250 e ss. No texto, o autor afirma que “toda a principiologia da LPA vai ao encontro do que se pode chamar de ‘moralização’ [...] da Administração”, e que vai na esteira do entendimento da doutrina italiana que só uma lei geral sobre procedimento administrativo é capaz de moralizar a Administração e torná-la mais eficiente e imparcial.

22 Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 316/2014, composto por Maren Guimarães Taborda, Matrícula 415770, Gamaliel Valdovino Borges, Matrícula 286592, Procuradores Municipais; Rosimeri da Silva Chaves, Assessora Legislativa, Matrícula 769610; Roberto Rodrigues da Silva, Matrícula 273093, Juarez José da Silva, Matrícula 271539, e Adamo Marisvaldo da Silva Soares, Matrícula 539410, Agentes Fiscais, sob a coordenação da primeira.

23 Seminário realizado no dia 22 de agosto de 2014, no Plenário Ana Terra, Câmara Municipal de Porto Alegre.

gão nos quais se exerce função de fiscalização, ou onde se podem iniciar processos administrativos que constituem a estrutura material do âmbito regulado pela Lei.

São *objetivos principais* da referida lei assegurar o respeito a todos os atributos da cidadania no relacionamento entre a Administração e os administrados, inclusive seus próprios agentes, e disciplinar, racionalizar (conferindo-lhes transparência e objetividade) as decisões da Administração. Quanto às *finalidades específicas*, tem-se: a) *garantia jurídica dos administrados* (tutela direitos que as decisões administrativas podem afetar), protegendo-os amplamente, mediante uma variedade de instrumentos processuais que servem para a melhor defesa de seus direitos; b) *ampliar os pressupostos objetivos dos atos administrativos e lhes emprestar maior eficácia*, pois os interessados com eles colaboram, trabalhando com pautas de racionalização, operatividade, ordenação, probidade e moralidade; c) *legitimar o exercício do poder estatal*; d) *levar ao correto desempenho da função administrativa*, uma vez que o processo propicia condições para isso, na medida em que leva ao equilíbrio entre a autoridade do sujeito público e os direitos dos particulares e, com isso, a discricionariedade administrativa fica limitada; e) *alcançar a Justiça na Administração* porque o processo administrativo garante não só o contraditório e a ampla defesa, como também propicia o *sopesamento dos vários interesses que envolvem uma situação*; f) *aproximar a Administração e os cidadãos*, quebrando a tradição de oposição entre interesses públicos e interesses privados; g) *sistematizar as atuações administrativas*; h) *facilitar o controle da Administração*, o que se coaduna à idéia de Administração democrática; e, por fim, i) *aplicar uniformemente princípios e regras comuns da atividade administrativa*, porque o pro-

cesso tende a ser o ponto de encontro de várias regulações diferentes que presidem à atividade administrativa, concretizando os princípios e regras constitucionalmente consagrados.

Do fato de o processo administrativo assentar na cláusula do *devido processo de direito*, isto é, ser uma garantia que visa excluir a vontade arbitrária da atuação do poder, decorrem diversos princípios que o informam, tais como: a) *princípio garantidor* (art. 1º e art. 2º, *caput* e inciso VIII); b) *princípio da participação dos administrados nas tomadas de decisões* (art. 2º, inciso X; art. 3º, inciso III; art. 5º; art. 30 – previsão de consulta pública quando a matéria do processo envolver interesse geral – e quase todo o Capítulo X, que trata da instrução do processo); c) *princípio da eficácia* (art. 1º); d) *princípio da imparcialidade e objetividade na ação administrativa* (art. 2º, parágrafo único, incisos II e III e Capítulo II, Seção V, que prevê Comissões Judicantes compostas por servidores ocupantes de cargos efetivos); e) *princípio da publicidade dos procedimentos e atos administrativos e do direito de acesso a documentos e autos, obtenção de cópias ou certidões* (art. 2º, incisos V e X; art. 3º, II e III; art. 17, § 1º; art.18; art.19; Capítulo VIII, que trata das notificações, a partir do art. 28 e ss; Capítulo IX, especialmente os arts. 52 e 53 e Seção VI, especialmente os arts. 85 e 86); f) *princípio da segurança jurídica, na modalidade proteção à confiança* (art. 2º, *caput*, e arts. 56, 57 e 58 – prazo decadencial); h) *princípio da não reformatio in peius* (art. 51); i) *princípio da unidade ou da concentração* (art.12; art. 22 e art. 66, § 1º); j) *princípio da obrigatoriedade de concluir o procedimento quando iniciado e mediante ato explícito* (art. 76, parágrafo único); k) *princípio da hierarquia* (art. 12 e art. 46, parágrafo único); l) *princípio da condenação do silêncio, com sanções* (art. 52 e art. 81, § 1º); m) *princí-*

pio da gratuidade (art. 2, inciso XI); n) *princípio da oficialidade* (art. 20); n) *princípio da simplicidade de formas* (art. 2º, inciso VIII e art. 17); o) *princípio da obrigação de motivar* (art. 2º, *caput*, e inciso VII e todo o Capítulo XII) ; p) *princípio da economia processual* (art. 21 e art. 22) e q) *princípio do dever de completar a instrução* (art. 62). Os demais princípios gerais que regem toda a atuação administrativa estão previstos no *caput* do art. 2º (finalidade, razoabilidade, moralidade, interesse público, eficiência e dever de proporcionalidade – sentido amplo), no inciso VI (proporcionalidade no sentido de adequação entre meios e fins – *stricto sensu*) e no inciso IV (atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé – princípio da moralidade objetiva).

Importante referir que o Projeto ora submetido à apreciação traz inovações e especificidades não previstas na lei de processo administrativo federal e na lei do Município de São Paulo. Primeiro, porque faz expressa menção à aplicação da lei sempre que se estiver diante de exercício de função *materialmente* administrativa (no parágrafo único do art. 1º). Subjaz aqui a concepção segundo a qual, do ponto de vista material, o exercício da Função Administrativa não é muito diferente do exercício da Função Jurisdicional. Se o ordenamento jurídico é uma estrutura escalonada de normas, a Constituição é o grau superior, o plano fundamental; a legislação ordinária é o seu grau primário, e a Administração e a Jurisdição, o seu grau secundário, com idênticas tarefas de criar normas individuais, concretas, com fundamento nas normas do grau primário. O meio pelos quais fazem essa concreção é diverso, mas a concreção é a mesma.²⁴

24 *Grau superior* é o plano fundamental, corresponde às normas no topo da pirâmide, criadas pelo Poder Constituinte e que formam a *Constituição do Estado*; *grau primário* é o Legislativo, o plano das normas gerais, criadas pelos órgãos autorizados pela Constituição a elaborar as leis, que têm, na Constituição, seu fundamento de validade, condicionando, por sua vez, as normas da base

Necessário igualmente referir que a ideia do *devido processo jurídico* (*due process of law*) norteou toda a elaboração da lei. A cláusula do *devido processo jurídico* configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

No âmbito material, a cláusula do *due process of law* se confunde com a regra da legalidade e determina que ninguém será atingido em sua *liberdade* (legalidade penal) e em sua *propriedade* (legalidade tributária e administrativa) sem que exista *uma lei autorizadora*. Assim, em que pese o legislador constituinte ter estabelecido uma espécie de “tautologia” (porque o preceito do *due process of law* tem, no âmbito do *common law*, o mesmo sentido e valor da regra da legalidade no âmbito do sistema de direito romano-germânico ou *civil law*), foi preciso esclarecer no que consistia um e outro (ou ambos) no âmbito da lei.

Outra novidade da lei ora apresentada consiste em prever, no Capítulo III, os critérios para atenuar ou agravar penas, para graduar multas e, muito importante, para caracterizar reincidência. No particular, foi consultada a redação atualizada do Código Penal, que contém igual sistemática. Assim, considerando que na imposição de

do ordenamento; finalmente, o *grau secundário* é composto por normas individuais criadas em nível concreto, via processo judicial (decisões judiciais) e via procedimentos administrativos (resoluções administrativas), com fundamento nas normas de nível primário. Cf. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário e Direito Judiciário. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, n. 3, mar. 2005, p. 07 e ss.

penas por infração administrativa se está diante da estrita da regra da legalidade (legalidade como conformidade – reserva de lei), é essencial que os critérios para a aplicação dessas penas estivessem previstos na lei, porque são sanções a ilícitos administrativos que restringirão, necessariamente, o patrimônio dos cidadãos.

Original da mesma forma é a previsão de início de processo pelo preenchimento de formulário on-line (art. 21) e a notificação por correio eletrônico (art. 24). Se for o caso, todo o processo poderá vir a ser por meio eletrônico. A garantia da imparcialidade e da objetividade foi reforçada, por outro lado, com a instituição de suas instâncias processuais: os órgãos administrativos inferiores e as *comissões judicantes* constituem a primeira instância, e *órgãos recursais*, a segunda. No art. 12, está previsto o início do processo perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir. No Título II, estão previstos procedimentos especiais para *a constituição de dívida não tributária e suas instâncias* (art. 72). A imparcialidade e a objetividade ficam garantidas pela composição das Comissões Judicantes, sempre constituídas por servidores do quadro de cargos efetivos e presididas, necessariamente, por um procurador, igualmente detentor do cargo efetivo de *procurador municipal* e indicado pelo Procurador-Geral do Município.

Porque o princípio da publicidade é exigente, é possível explicar a sua concretização em três polos: a) o primeiro, o direito de acesso aos *dossiers* (arquivos) administrativos, que devem ser abertos, já que não são propriedade da administração e devem estar à disposição dos cidadãos. Cada país resolve, segundo sua tradição, os limites desse acesso; b) a segunda realização da publicidade diz respeito ao acesso à marcha intelectual da administra-

ção. É o *direito ao acesso à motivação dos atos administrativos*, já que os cidadãos têm direito de conhecer não só os arquivos, mas o porquê das decisões administrativas e, muitas vezes, o processo dos atos administrativos; c) por último, a realização mais forte da publicidade é a que concerne à participação: a melhor maneira de realizar a publicidade é fazer os cidadãos participarem dos procedimentos da administração. Daí se justifica a previsão, no projeto, do dever de motivar inclusive os atos administrativos discricionários (art. 53).

Neste tópico, o Grupo de Trabalho teve que superar a tradicional visão segundo a qual somente os atos administrativos vinculados devem ser motivados. O convencimento ocorreu a partir da compreensão de que, por “poder discricionário”, se pode entender a margem de livre apreciação da oportunidade e conveniência de atos ou medidas administrativas. O legislador tem em vista o poder discricionário quando se remete à experiência técnica dos agentes administrativos, convidando-os a tomar, em certos casos, as medidas necessárias para a manutenção da ordem pública ou a concretizar o comando legal. A legislação e a teoria do direito falam de poder discricionário quando o direito objetivo deixa ao órgão que determine, ele mesmo, sua ação, isto é, quando a lei ou o direito atribuem a decisão última sobre o “justo”, o “correto”, o “apropriado”, no caso concreto, a alguém que tem a responsabilidade de decidir segundo sua convicção pessoal (valoração). Assevera English²⁵ que isso é assim porque “se considera ser a melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente da sua responsabilidade faça valer o seu próprio <ponto de vista>”, de modo que a discricio-

25 ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 222.

riedade no direito não apenas é inevitável, mas também algo de bom: o princípio do Estado de Direito conforma a discricionariedade no sentido de que a convicção pessoal “de quem quer que seja chamado a decidir é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo <espaço de jogo> será havida como sendo a melhor e a <justa>”,²⁶ principalmente no domínio da Administração e da Jurisdição. O motivo para a concessão da liberdade de decisão para a Administração não é só, como para concessão de poder discricionário ao juiz, a necessidade de ter em conta singularidades (concretizações), pois, em certos casos, só a autoridade administrativa é tecnicamente competente para editar algumas medidas que concernem ao interesse público. *Isso é assim porque o legislador, “muitas vezes, não está capacitado para colher a multiplicidade da vida e adotar uma regulação que satisfaça todas as possibilidades e alternativas da prática”,* diz Maurer²⁷, e por isso a autoridade deve, em virtude do poder de autodeterminação que lhe confere o legislador, escolher entre as diferentes soluções possíveis aquela que, na espécie, responde melhor às instruções da lei. Em princípio, então, *não existe um poder discricionário livre, mas somente um juridicamente vinculado*: quando a autoridade atua em desconformidade com a finalidade da autorização e extrapola os limites legais do poder discricionário²⁸, ela atua antijuridicamente e, nesse caso, os tribunais “estão obrigados a revisar a observância das

26 Ibid., p. 227.

27 MAURER, Hartmut. *Droit Administratif Allemand*. Trad. Michel Fromont. Paris: LGDJ, 1994, p. 49.

28 Ibid., p. 50. No texto, o autor cita o § 40 da Lei de Procedimento Administrativo (*VwVfG*): “Se uma autoridade está autorizada a atuar segundo seu poder discricionário, ela tem de exercer o seu poder discricionário em conformidade da autorização e de observar os limites legais do poder discricionário”; e o § 114 da Lei de Organização dos Tribunais Administrativos (*VwGO*): “Enquanto a autoridade administrativa está autorizada a atuar segundo seu poder discricionário, o tribunal também examina se o ato administrativo ou a recusa ou omissão do ato administrativo é antijurídico, porque os limites legais do poder discricionário estão excedidos ou foi feito uso do poder discricionário em uma forma não correspondente à finalidade da autorização”.

vinculações do poder discricionário e a revogar uma decisão de exercício de poder discricionários vicioso por causa da antijuridicidade”.²⁹ Assim, os limites exteriores são os vícios de poder discricionário, que constitui uma ilegalidade, pois a Administração está proibida de agir arbitrariamente na esfera de liberdade que lhe é deixada. Daí que, se a autoridade não faz uso do poder discricionário que lhe compete, excede o quadro determinado legalmente, escolhendo uma consequência não prevista, abusa do poder discricionário, não se deixando dirigir exclusivamente pela finalidade da autorização, e, ainda, viola direitos fundamentais e princípios administrativos gerais, podendo ser obrigada, pelos tribunais, a revisar e a revogar sua atuação.³⁰

No que concerne à segurança jurídica, finalmente, o projeto repete o célebre art. 54 da Lei Federal de Processo Administrativo, da lavra de Almiro do Couto e Silva, segundo o qual a regra da decadência é, no plano da legislação ordinária, a tradução do princípio constitucional da segurança jurídica como princípio da proteção à confiança. Tal dispositivo diz respeito ao direito da Administração Pública à anulação dos seus próprios atos administrativos quando eivados de ilegalidade e quando deles decorram efeitos favoráveis para os destinatários. Nesse caso, quando extinto o prazo decadenal de cinco anos, permanecerá no mundo jurídico como se válido fosse, ou seja, com a conservação de todos os seus efeitos, não havendo ponderações a serem feitas, uma vez que já realizada pelo legislador. Diz respeito também à concretização da segurança jurídica a previsão de prescrição intercorrente, que acaba por fulminar o processo paralisado, garantindo-se, com isso, *a duração razoável do processo*.

29 Id.

30 Ibid., p. 50-52.

Trata-se, pois, de lei técnica, e, apesar de rigorosa, é bastante sóbria e enxuta. Demandará um esforço grande de adaptação, em razão da mudança de cultura administrativa que ela pressupõe. Grande é o desafio.

Referências

ARENDDT, Hannah. *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Procedimentos de exercício da Cidadania perante a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 207, jan./mar. 1997.

BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1952.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Trad. Álvaro Cabral, revista por Valério Rohden. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, verbete: "Publicidade".

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GONÇALVES LOUREIRO, João Carlos. *O Procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 2., 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

_____. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.

HAURIUO, Maurice. *Précis de droit Administratif et de droit public*. 12. ed. Revue et mise à jour par André Haurion. Réédition présentée par Pierre Devolvé et Frank Moderne. Paris: Dalloz, 2002.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.

_____. *La Metafísica de las Costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesus Conill Sancho. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

LOS RIOS, Fernando. Prólogo à obra de JELLINECK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970.

LUHMANN, Niklas *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978.

_____. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980.

MAIHOFER, Werner. Princípios de una democracia en libertad. In: HEYDE, Wolfgang (org.). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. Ação Civil Pública: instrumento de participação na tutela do bem comum. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MAURER, Hartmut. *Droit Administratif Allemand*. Trad. Michel Fromont. Paris: LGDJ, 1994.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, Pluralidade Normativa, Democracia e Controle Social: reflexões sobre alguns rumos do direito público neste século. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

NIGRO, Mario. Procedimento Amministrativo e Tutela Giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione: Il problema di una Legge Generale sul Procedimento Amministrativo. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, n. 2, apr./giug. 1980.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

ROTTLEUTHNER, Huber. In: Les métaphores biologiques dans la pensée juridique, *Archives du Philosophie du Droit*. T. 31. Paris: Sirey, 1986.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário e Direito Judiciário. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, n. 3, mar. 2005.

O DIREITO À CIDADE EM JUÍZO¹

BETANIA ALFONSIN²

O presente artigo pretende analisar o contexto da emergência do direito à cidade no Brasil, bem como a hegemonia jurídica do paradigma civilista clássico *vis-à-vis* com o paradigma da nova ordem jurídico-urbanística brasileira no âmbito do Poder Judiciário. O texto estrutura-se, então, apresentando (i) as características do processo de urbanização brasileiro, (ii) o papel cumprido pelo Direito nesse processo, (iii) a ruptura paradigmática representada pela aprovação do Estatuto da Cidade, (iv) a emergência do direito à cidade e a luta por seu reconhecimento no plano internacional e, finalmente, (v) como o direito à cidade tem sido recepcionado pelos Tribunais.

1 A presente versão do artigo foi apresentada no Seminário Internacional Juízes e Cidades na América Latina, evento organizado pelo IRGLUS – International Research Group on Law and Urban Space, nos dias 7 e 8 de maio de 2015, em Porto Alegre e Canoas (Brasil).

2 Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1990), Mestra em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2000) e Doutora em Planejamento Urbano e Regional pelo Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano (IPPUR) da UFRJ (2008). Professora da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS e da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Atua como professora de Educação à Distância no Curso de Dimensiones Jurídicas de la Política Urbana e no Programa para America Latina y el Caribe do Lincoln Institute of Land Policy. Ocupa atualmente o cargo de Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU). Membro do IRGLUS – International Research Group on Law and Urban Space desde 1998.

É importante esclarecer que uma boa parte da análise aqui apresentada é resultado de anos de pesquisa em relação ao tema, já apresentada à comunidade acadêmica em trabalhos anteriormente apresentados e publicados³, mas que servem como alicerces científicos para a investigação que ora se desenvolve⁴, envolvendo o papel do Poder Judiciário na (lenta) efetivação da nova ordem jurídico urbanística brasileira. Adianta-se que os resultados preliminares da investigação em curso permitem a constatação de dificuldades do Poder Judiciário (i) na aplicação de princípios próprios do paradigma do Direito Urbanístico, (ii) na assimilação de importantes novas categorias de análise e, o que é mais grave, (iii) na capacidade de interpretação dos casos concretos que confira legitimação aos novos direitos difusos e coletivos introduzidos pelo Estatuto da Cidade.

1 A urbanização brasileira sob a égide do Código Civil⁵

O Brasil é hoje um dos países mais urbanizados do planeta. Segundo dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁶, extraídos do último censo realizado no Brasil, em 2010, 84,36% da população do país vivia em cidades. A taxa de urbanização planetária, embora tenha aumentado significativamente entre 1994 e 2014, é pouco superior a 50%.⁷ A forte concentração populacional nas cidades tem origens na própria história brasileira, que viveu um

3 As referências a publicações anteriores da autora serão realizadas ao longo do texto.

4 A pesquisa “Os juízes e as cidades” está sendo desenvolvida pelo Grupo de Pesquisa e Extensão em Direito Urbanístico da Faculdade de Direito da FMP desde junho de 2015.

5 Uma boa parte do diagnóstico apresentado a seguir vem sendo trabalhado pela autora há muitos anos, em artigos científicos, palestras e em salas de aula de graduação e pós-graduação.

6 Ver, a propósito, dados do IBGE: <<http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao>> Acesso em: 01 maio 2015.

7 Ver, a propósito, documento da United Nations Population Fund: <<http://www.unfpa.org/news/how-has-world-changed-last-20-years>> Acesso em: 01 maio 2015.

processo importante de migração campo-cidade durante o século XX e inverteu a relação população urbana/população rural em apenas seis décadas. No ano de 1940, apenas 31,3% dos brasileiros viviam na urbe, pois o país se caracterizava por ser um país agrário. No ano de 2000, no entanto, já tínhamos 81,2% da população vivendo nas zonas urbanas do país, novamente segundo dados do IBGE.⁸

É claro que esse movimento demográfico que inverteu a característica predominante do país durante o século XX, transformando-o em uma nação urbanizada no século XXI, tem uma série de razões. Entre elas, poderíamos apontar aquelas mais conhecidas do senso comum: abandono da política agrária e aposta na industrialização do país como alternativa para o desenvolvimento, somados à concentração da planta industrial em algumas regiões do país, muito especialmente o sudeste. A urbanização brasileira se viu atada a esse processo econômico e histórico, tornando-se refém de um modelo de desenvolvimento centrado na industrialização e em alguns setores-chave da economia, como dá exemplo o setor automotivo no sudeste brasileiro.

É evidente que esse processo não foi acompanhado de um planejamento urbano à altura da demanda por moradias que as cidades passaram a ter a partir da década de 50, com o Governo de Kubitschek e o seu “Plano de Metas” fortemente desenvolvimentista e responsável pelo impulso à industrialização e à rápida urbanização brasileira nos anos seguintes. O impacto desse processo foi o incremento da produção irregular de cidades pela população de baixa renda que fugia do campo em busca de melhores oportunidades de geração de emprego e renda nas cidades. As características básicas

⁸ Ver, a propósito: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tendencia_demografica/analise_populacao/1940_2000/comentarios.pdf> Acesso em: 01 maio 2015.

dessa chegada da população às cidades foram a ocupação irregular do solo urbano, a ausência de infraestrutura e precariedade das moradias construídas. Poderíamos agregar ainda a insegurança jurídica das posses e a construção em áreas de risco ou ambientalmente vulneráveis, já que as áreas dotadas de melhor localização e habitabilidade são apropriadas pelo mercado imobiliário formal, sobrando para a população de baixa renda, em um processo paradoxal e perverso, justamente as áreas que a legislação ambiental e urbanística tentou proteger através de gravames de preservação ambiental. O quadro é gravíssimo e os dados recentes relacionados à crise da água na região metropolitana de São Paulo⁹, atribuível não somente à escassez de chuva, mas à própria ocupação irregular das margens das represas que fazem parte do sistema, demonstram que a urbanização brasileira é mesmo uma “urbanização de risco”, como denominou a urbanista Raquel Rolnik.¹⁰

Para quem é jurista, quando se pensa em um quadro caótico de urbanização como o que temos no Brasil hoje, a grande questão é: qual foi o papel do Direito nesse processo? Conforme já analisado anteriormente por Edésio Fernandes,

ao longo do século XX, havia um descompasso enorme entre a ordem jurídica em vigor e os processos socioeconômicos e territoriais que caracterizaram o processo de urbanização no Brasil. Ou seja, todo o processo de crescimento das cidades brasileiras se deu sob o paradigma jurídico do civilismo clássico, que não correspondia às necessidades de enfrentamento desse fenômeno multidimensional, complexo e com tantas implicações pro-

9 O nível de água do Sistema Cantareira, que abastece a região metropolitana de São Paulo, chega a 19,9% em 30 de abril de 2015, tendo atingido níveis inferiores a 10% do sistema em meados de fevereiro de 2015. Ver a propósito: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/05/01/afinal-quanta-agua-tem-no-sistema-cantareira-entenda.htm>> Acesso em: 01 maio 2015.

10 ROLNIK, Raquel; SAULE JR., Nelson (coords.). *Estatuto da Cidade* – Guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002, p. 24.

fundas que levou à transformação de um país de base agrária exportadora em um país de base urbano-industrial.¹¹

Contudo, quando o país movimentava-se no sentido da redemocratização brasileira, durante o processo constituinte, o movimento por Reforma Urbana apresentou uma emenda constitucional¹² que resultou no primeiro capítulo sobre Política Urbana da história das Constituições Brasileiras.¹³ A questão formal, no entanto, diz muito pouco quando se pensa no sentido jurídico político dessa inclusão: pela primeira vez a questão urbana era tratada em um texto constitucional e, mais do que isso, colocando como objetivo da política de desenvolvimento urbano “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar de seus habitantes”. Aqui o país começava a construir uma mudança importante no papel do Direito em relação ao processo de produção das cidades, e esse giro paradigmático se completou com a edição do Estatuto da Cidade, como passamos a examinar a seguir.

2 O Estatuto da Cidade e a emergência do direito à cidade sustentável¹⁴

O direito coletivo à cidade sustentável viria a ser expressamente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através do Estatuto

11 FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (orgs.). *Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

12 RIBEIRO, Ana Clara Torres. A reforma e o plano: algumas indicações gerais. In: GRAZIA, Grazia de. *Plano Diretor: instrumento de reforma urbana*. Rio de Janeiro: FASE, 1990,

13 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 694.

14 A análise feita nesta seção foi publicada anteriormente em ALFONSIN, B. M. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (orgs.). *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas, uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 321-335.

da Cidade, 13 anos depois da Constituição Federal ter sido promulgada, inovando as possibilidades de atuação do poder público municipal no âmbito da intervenção do estado sobre a propriedade privada. O Estatuto da Cidade regulamentou o capítulo da política urbana e, no art. 2º da lei, estabeleceu diretrizes para a política urbana brasileira. Foi exatamente aí que o direito à cidade foi introduzido, em um dispositivo em que o legislador fez um esforço extraordinário de definição dos contornos do novo direito coletivo:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do **direito a cidades sustentáveis**, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações¹⁵; [...] (grifo nosso) (grifo nosso).

O lócus e o modo de inserção do direito à cidade na geografia da lei, como a primeira diretriz indicada para uma política urbana que *objetiva o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade*, nos permite tecer alguns comentários sobre os contornos desse novo direito:

- a) o direito coletivo à cidade sustentável abarca um feixe de direitos dos que vivem em cidades, já que a técnica legislativa de definição desse direito elencou expressamente o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer como sendo o núcleo desse direito.

15 BRASIL, Lei Federal 10.257/01, art. 2º.

- b) é possível extrair daí, também, quais são, afinal, as *funções sociais da cidade* mencionadas na Constituição Federal: garantir o acesso à terra urbana, à moradia, ao saneamento, à infraestrutura, aos serviços públicos e ao transporte.
- c) os compromissos assumidos pelo direito à cidade são claramente ligados à diminuição da segregação urbana, uma das marcas da urbanização brasileira. Aqui estamos utilizando o termo *segregação urbana* em uma das acepções identificadas por Yves Grafmeyer: **“oportunidades desiguais de acesso aos bens materiais e simbólicos oferecidos pela cidade”**.¹⁶ Nesse sentido, o **novo** direito coletivo à cidade sustentável pode ser compreendido como um avesso positivo da segregação urbana, entendido como o direito de todos a desfrutarem da cidade e de seu território. Dialogando com Grafmeyer, o direito à cidade engloba o *direito de acesso aos bens materiais e simbólicos que configuram a realidade cidade*.
- d) ao utilizar a expressão “direito à cidade sustentável [...] para as presentes e futuras gerações”, o Estatuto da Cidade procura fugir da armadilha de assumir apenas uma “agenda marrom” para as cidades brasileiras, buscando claramente uma aproximação do Direito Urbanístico com o Direito Ambiental e com a “agenda verde”, o que é altamente positivo para a gestão urbano-ambiental brasileira.¹⁷
- e) A emergência do direito à cidade sustentável transformou o objeto do Direito Urbanístico Brasileiro. Conforme já tivemos oportunidade de analisar anteriormente na companhia intelectual de Edésio Fernandes,

16 GRAFMEYER, Yves. *Sociologia Urbana*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1994, p. 46.

17 Ver a propósito: FERNANDES, Edésio. Preservação ambiental ou moradia? Um falso conflito. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betania (orgs.). *Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 357.

uma forma usual de expressar o objeto próprio do Direito Urbanístico é “o controle jurídico dos processos de desenvolvimento urbano”, isto é, dos vários processos de uso, ocupação, parcelamento, construção, preservação e gestão do solo nas cidades. Aprofundando a reflexão, todavia, constatamos que após a promulgação do Estatuto da Cidade, também o objeto do Direito Urbanístico foi alterado, acompanhando a ruptura paradigmática representada pela edição da nova lei. Pode-se dizer que na nova ordem jurídico-urbanística brasileira o Direito Urbanístico desloca seu objeto disciplinar para **a tutela do direito à cidade sustentável**. É que se observa aqui um deslocamento teórico, axiológico e jurídico, e o novo Direito Urbanístico Brasileiro assume a tutela de um direito difuso como objeto central da disciplina. Esse deslocamento demonstra que o Direito Urbanístico se deixou influenciar fortemente pelas lutas dos movimentos sociais, e sobretudo, soube ser interpenetrado por saberes derivados de outras disciplinas.¹⁸

Estava inaugurada uma nova era, de grandes desafios para os municípios brasileiros. Isso porque, considerada, por um lado, a gama de direitos incluídos sob o *guarda-chuva* deste novo direito à cidade e, por outro lado, a realidade das cidades brasileiras que viveram a urbanização capitalista, é evidente que o direito à cidade insere-se em um programa de **Reforma Urbana**, inscrito no art. 2º do Estatuto da Cidade. As *tendências* observadas nas cidades brasileiras (e em todas as cidades que experimentaram o processo de urbanização capitalista) são tendências segregacionistas e antidemocráticas, portanto, para garantir essa gama de direitos previstos no art. 2º, os municípios devem ser capazes de instaurar *contratendências* em seus territórios. Para tanto, o Estatuto da Cidade previu uma série de instrumentos jurídicos, urbanísticos, tributários e políticos.¹⁹

18 FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betania. Op. cit., p. 15.

19 Para conhecer os instrumentos para a execução da política urbana brasileira, ver o art. 4º do Estatuto da Cidade. BRASIL, Lei Federal 10.257/01, art. 4º.

3 A efetividade do direito à cidade sustentável

Nesse balanço sobre o direito à cidade, é inevitável fazer um questionamento acerca de qual tem sido a efetividade da normativa prevista no Estatuto da Cidade. Apresentado o conteúdo da lei, quase que logicamente surge a pergunta: em que medida uma lei federal com diretrizes para a política urbana tão claramente orientadas a um projeto de Reforma Urbana e com um leque tão vasto de instrumentos à disposição do poder público para dar consequências jurídicas a essas diretrizes tem tido efetividade?

Infelizmente as notícias sobre a efetividade da lei não são tão boas, e uma série de fatores têm contribuído para essa dificuldade. Em uma pesquisa de Direito Urbanístico Comparado envolvendo o Brasil, a Espanha e a Colômbia, pude anotar algumas das razões centrais para essa espécie de *déficit de efetividade*. Nessa investigação, pude notar que, ao lado de uma série de obstáculos institucionais, o direito à cidade, para ser efetivado, precisará dialogar com um senso comum comprometido com a defesa do direito individual de propriedade:

A naturalização da concentração da terra no Brasil rural contribui para o fortalecimento de um imaginário social em que o proprietário tem plenos poderes e dever algum para com a sociedade. Essa visão distorcida do direito de propriedade, interpretado como desprovido de seu maior dever que é a observância da função social e ambiental da propriedade, é mecanicamente transposta do campo para a cidade, fazendo com que além dos proprietários urbanos, uma boa parte da sociedade (ainda que não proprietária!) e até mesmo técnicos municipais vejam com desconfiança os novos instrumentos jurídicos e urbanísticos oriundos do Estatuto da Cidade. Esse obstáculo cultural parece ter

uma importância simbólica importante na explicação da dificuldade do Brasil avançar mais rapidamente no desenvolvimento e, sobretudo, na garantia de efetividade dos seus instrumentos urbanísticos.²⁰

De fato, o maior obstáculo para a efetividade do Estatuto da Cidade e, portanto, do próprio direito à cidade é uma disputa de fundo entre uma velha ordem jurídica nucleada pelo direito individual de propriedade e a nova ordem jurídico-urbanística que emerge com o Estatuto da Cidade, na qual a função social da propriedade e o direito à cidade passam a ser novos centros para o ordenamento jurídico, agora policêntrico. Parece-nos que a aprovação da lei e a emergência dos novos direitos difusos e coletivos não foram capazes de afastar interpretações jurídicas e políticas ainda marcadas pela ótica do liberalismo jurídico clássico. O Poder Legislativo de muitos municípios brasileiros, o Ministério Público, Administrações Municipais e mesmo entidades da sociedade civil e movimentos sociais precisam, urgentemente, compreender que a efetividade dos novos direitos previstos no Estatuto da Cidade depende de uma radical mudança de postura e de olhar para a cidade enquanto fenômeno central da contemporaneidade, cujo desfrute é elevado, agora, à categoria de direito coletivo do qual são titulares todas as pessoas que vivem em cidades. O Poder Judiciário é um ator fundamental nesse processo e passamos a analisar mais detidamente a maneira como o TJRS enfrentou alguns conflitos em que categorias-chave para a implementação do Estatuto da Cidade foram discutidas em Juízo.

20 ALFONSIN, Betânia de Moraes. *A política urbana em disputa: desafios para a efetividade de novos instrumentos em uma perspectiva analítica de Direito Urbanístico comparado: (Brasil, Colômbia e Espanha)*. 2008. 265f. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional, 2008, p. 247.

4 O papel do Poder Judiciário – análise de decisões do TJRS

A pesquisa jurisprudencial sobre a nova ordem jurídico-urbanística brasileira recém inicia-se no âmbito do Grupo de Pesquisa em Direito Urbanístico, e, por enquanto, restringiu-se ao TJRS. Como palavras-chave da pesquisa, foram utilizadas as expressões “direito à cidade” (com retorno praticamente nulo), “função social da propriedade urbana” e a própria expressão “Estatuto da Cidade”.²¹ A seguir são apresentados resultados preliminares.

No agravo de instrumento nº 70008411399, o TJRS dá um bom exemplo de uma postura do Poder Judiciário que pode, eventualmente, ser considerado como uma espécie de *ativismo judicial por omissão*, já que o Judiciário não está aplicando diretamente a Constituição Federal “para expandir o seu sentido e alcance”²² como nas definições clássicas de ativismo, mas deixando de aplicar legislação específica claramente aplicável ao caso analisado. Discutia-se, no caso, a posse de um imóvel em uma ação de reintegração de posse movida pela proprietária Avipal contra um grupo de famílias de baixa renda. Os posseiros alegaram que o imóvel não cumpria com sua função social e, portanto, não observava os comandos constitucionais e do Estatuto da Cidade. Na ementa, decidiu o TJ:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA LIMINAR, PREVISTOS NO ART. 927 DO Código de Processo Civil. INVA-SÃO de PROPRIEDADE PARTICULAR. FUNÇÃO SOCIAL DA

21 Compreende-se que as lacunas na jurisprudências do TJRS, ou ausência de jurisprudência relacionada a algumas categorias-chave da nova ordem jurídico-urbanística, podem estar relacionadas à ausência de judicialização de temas como o “direito à cidade”, exemplificativamente.

22 BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 15 jul. 2015.

PROPRIEDADE. ESTATUTO DA CIDADE. As provas da anterioridade possessória, do esbulho praticado pelo réu e da data de sua ocorrência conferem ao autor do interdito o direito de se ver reintegrado liminarmente em sua posse.

A promoção da justa distribuição da propriedade ou do condicionamento do seu uso ao bem estar social deve ser promovida pelo Estado, como poder geral a ele conferido pela Constituição Federal.

É defeso ao particular, a pretexto de encontrar-se escudado pelo Estatuto da Cidade, invadir propriedade alheia, com o intuito de fazer cumprir a sua função social.

Recurso de agravo ao qual se nega seguimento.

Nas razões elencadas pelo relator para negar seguimento ao agravo de instrumento, diz o relator: “Não se deve olvidar, porém, que a promoção da justa distribuição da propriedade ou do condicionamento do seu uso ao bem estar social recai exclusivamente ao Estado, como poder geral a ele conferido pela Constituição Federal”.

O relator chega a citar o Estatuto da Cidade, mas para dizer que cabe apenas ao Executivo aplicá-lo: “Infere-se, daí, que *ao Poder Público* é que recai a prerrogativa de realizar o controle da utilização racional da propriedade, dispondo de instrumentos eficazes para exercer a fiscalização e fazer cumprir as *“exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas”* (art. 39 da Lei 19.257/01). Nessa decisão fica nítida uma visão pela qual o Estatuto da Cidade deve ser aplicado tão somente pelo poder Executivo, não cabendo nem ao Judiciário, nem à sociedade retirar algum efeito jurídico da lei. A omissão do Judiciário no caso, é claríssima: na colisão de direitos (entre o direito de propriedade e o direito à moradia, ou entre o direito à propriedade e a função social

da propriedade), aplique-se o Código Civil. Tal postura esvazia, completamente, o conteúdo da função social da propriedade, já que não surte qualquer efeito jurídico concreto.

A impossibilidade da sociedade cumprir com algum papel no controle do cumprimento da função social da propriedade é clara no posicionamento do TJRS. Quando vítimas do descumprimento da função social da propriedade estão em juízo, ainda menos. Veja-se acórdão paradigmático (agravo interno nº 70011320868/2005), em que o relator traz à colação a sentença, para concordar com ela, em parte que diz:

Não é dado ao particular exercer, ele próprio, o controle da função social da propriedade e tomar as medidas que bem entender, sob pena de ingressar na esfera da ilegalidade, comprometendo a segurança jurídica e atentando, em decorrência, contra o próprio Estado de Direito, sobre o qual se esteia o regime democrático.

No limite, o poder instituinte fica impotente diante do poder instituído, já que, se o poder público não fizer cumprir a Constituição, tampouco cabe aos cidadãos controlar a Administração Pública nesse sentido. A citação da sentença termina com a Justiça lavando as mãos diante do caso concreto: “Sendo assim, em que pese a difícil e até comovente situação em que se encontram os agravantes, não há amparo jurídico para o acolhimento de sua pretensão”.

A crítica que a perspectiva analítica do Direito Urbanístico normalmente apresenta ao paradigma civilista encontra um estereótipo na continuidade do voto do relator: “Denote-se que o direito à propriedade, pilar de todo o direito privado, subsiste como garantia legal e constitucional do cidadão, independente de sua natureza, se público ou privado, o que impõe sua observância por todos, sem qualquer distinção”.

O que causa espanto é a construção da argumentação de uma decisão judicial envolvendo direito de propriedade, em pleno século XXI, na qual não há uma palavra sobre função social da propriedade. As técnicas de interpretação que levam em conta o Princípio da Proporcionalidade para julgar casos difíceis, nos quais direitos fundamentais encontram-se em conflito, são deixadas de lado para aplicar uma decisão que ignora completamente os princípios do Direito Urbanístico, totalmente aplicáveis ao caso concreto.

5 As resistências às inovações no acesso à Justiça e na estrutura do Poder Judiciário

Ainda no século passado, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, então professores da Universidade de Stanford, nos Estados Unidos, coordenaram uma pesquisa sobre acesso à justiça, recentemente republicada no Brasil.²³ Nesse trabalho, que se tornou um clássico, os autores apresentam uma sequência cronológica de três posicionamentos apresentados como soluções para o problema do acesso à justiça:

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “*enfoque de acesso à justiça*” [...].²⁴

Ao analisar a terceira onda dos movimentos ligados ao “enfoque de acesso à justiça”, os autores identificaram uma vertente relacionada às Reformas nos Tribunais.

23 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. Reimpressão 2015.

24 *Ibid.*, p. 31.

Essas reformas [...] estão atendendo ao desafio crucial de criar órgãos eficazes para a defesa dos direitos do cidadão comum, isto é, para assegurar que os novos e importantes direitos dos indivíduos [...] sejam transpostos dos códigos para o mundo real. [...] Algumas vantagens podem ser obtidas através da maior especialização, de acordo com os tipos de causas, e muitos reformadores – talvez, em alguns casos, por terem perdido a confiança em tribunais de pequenas causas de jurisdição ampla – estão procurando esses benefícios.²⁵

Embora tardiamente, o Brasil experimentou todas essas ondas dos movimentos de acesso à justiça e, sobre o tema que nos ocupa aqui, uma emenda constitucional de reforma do Poder Judiciário foi aprovada em 2004²⁶, incluindo, entre outras coisas, no art. 126 da Constituição Federal, ao dispor sobre os Tribunais e Juízes dos Estados, a necessidade de criação de Varas de Conflitos Fundiários:

Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias.

Parágrafo único. Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.

O dispositivo tinha a evidente intenção de retirar da vala comum o tratamento de conflitos coletivos envolvendo posse de terra no país, que não poderiam mais ser analisados apenas sob a perspectiva do marco do Código Civil e de uma visão ultrapassada do direito de propriedade como um direito individual e absoluto. Além disso, o artigo procurava dar uma resposta a chacinas ocorridas no Brasil, como o “Massacre do Eldorado dos Carajás”.²⁷ Em algumas cidades

25 Ibid., p. 113.

26 Emenda Constitucional 45/2004.

27 Nesse episódio sangrento, 19 agricultores sem-terra foram assassinados durante uma caminhada que protestava contra o atraso da Reforma Agrária no país. O massacre completa 20 anos em 2016. Ver, a propósito: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/os-19-anos-dos-19-mortos-em-eldorado-dos-carajas-4271.html>> Acesso em: 01 maio 2015.

brasileiras, os conflitos envolvendo a posse de prédios abandonados, tanto públicos quanto privados, por movimentos de população sem teto, têm sido objeto de violentos despejos, demonstrando a urgência da criação de tais Varas.

A cidade de São Paulo é uma das capitais em que a disputa por moradia, terrenos e um espaço vital de radicação é muito acirrada, inclusive por conta do alto preço da terra na cidade que concentra 11 milhões de habitantes, ou, considerando a região metropolitana, 10% da população brasileira. Recentemente, em outubro de 2014, um despejo no centro de São Paulo transformou o centro da cidade em uma praça de guerra, com forte repressão policial ao movimento dos sem-teto que ocupou o prédio de um hotel abandonado. Luciana Bedeschi, advogada do Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, revela detalhes do processo judicial que são emblemáticos do debate que estamos fazendo aqui:

O objeto da disputa é um imóvel central de 20 andares abandonado e que nunca cumpriu a função social da propriedade, localizado na Avenida São João, 601, São Paulo.

Não é a primeira vez que este prédio é ocupado. A ocupação anterior aconteceu em 2011 pelo mesmo MSTC. Uma ação judicial contra a última ocupação, ocorrida em março de 2014, tramita na 25ª Vara Cível do Foro Central da Capital. A juíza encarregada do caso concedeu liminar imediatamente porque considerou “**vestígios**” de direito dos proprietários, mesmo ante uma confissão de exposto abandono e subutilização.

O termo “*vestígios*” de direito, utilizado pela juíza, foi empregado para fundamentar a medida liminar, concedida imediatamente. **A juíza não pediu nenhum esclarecimento sobre a subutilização, também não levantou qualquer questão sobre os motivos que levaram o prédio a ser ocupado novamente, tampouco a falta de função social.** Ao conceder a medida liminar e determinar a expedição de ofício de requisição de força à Polícia Militar, a juíza também utilizou

um expediente que vem sendo adotado por diversos juízes em casos de reintegração de posse e despejos coletivos: mandou **oficiar o Conselho Tutelar e a Municipalidade “para a inclusão das famílias em programas sociais”**²⁸ (grifo nosso).

Choca a utilização da expressão “vestígios” de direito dos proprietários, sem que a Juíza tivesse auferido o cumprimento da função social da propriedade de um imóvel em pleno centro da maior cidade do país em que a Constituição Federal coloca o atendimento da função social da propriedade não apenas como princípio constitucional, mas como um dos elementos integrantes da estrutura do próprio direito de propriedade. Como a advogada defensora dos sem-teto esclarece, “o prédio foi reintegrado ao abandono”.²⁹ A decisão, que redundou em um derramamento de sangue devido à resistência dos sem-teto, é exemplar da incapacidade dos Juízes que atuam em Varas Cíveis em perceber o problema do acesso à moradia na dimensão e na escala coletiva que ele tem. A sentença leva em consideração o direito individual de propriedade, mas todos os outros direitos de uma massa de pessoas pobres que ocupava o prédio para fins de moradia foram ignorados.

Em um estado que enfrenta esse grau de conflituosidade, o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Dr. Roberto Nalini, propôs a criação de uma Vara de Conflitos Fundiários, como determina a Constituição Federal.³⁰ A primeira reação veio da imprensa, com um artigo do colunista da Revista Veja, Reinaldo Azevedo, que é

28 Para saber mais a respeito, ver texto de Luciana Bedeschi no site do Centro Gaspar Martins De Direitos Humanos. Notícia disponível em: <<http://www.gaspargarcia.org.br/noticia/da-a%C3%A7%C3%A3o-de-reintegra%C3%A7%C3%A3o-do-hotel-aquarius-ao-abandono>>

29 Id.

30 Ver, a propósito, a portaria que criou o Grupo de Trabalho e seus “considerandos”. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?cdLegislacaoEdit=129852&flBtVotar=N>> Acesso em: 05 maio 2015.

bastante ilustrativo do conservadorismo e da resistência reinante na cultura brasileira a respeito do tema:

Nalini quer criar as tais varas para corrigir o que considera distorções na formação dos juízes, que se ocupariam excessivamente do direito de propriedade. As ditas-cujas estariam sendo pensadas por “representantes da sociedade civil, Ministério Público, Defensoria Pública e as secretarias de habitação do Estado e do município de São Paulo”. Sei. Uma associação de defesa da propriedade privada, por exemplo, é “sociedade civil” ou “militar”? Devo entender que só é legítimo um movimento que invada uma área, mas nunca um que a proteja de invasão?³¹

O que causa espanto é o *tom* da reação do colunista à criação de uma Vara Específica para poder lidar de forma mais adequada com a dimensão coletiva dos conflitos. Note-se: não se trata ainda de julgamento em um sentido protetivo da função social da propriedade ou do direito de propriedade, pois a oposição é à criação das Varas que visibilizem o conflito e o tratem como tal. A opinião do colunista de Veja, sintomaticamente, “portavozeia” um senso comum jurídico protetivo de um direito de propriedade absoluto, que não existe mais desde o advento do princípio da função social da propriedade, ainda no início do século XX.

No âmbito interno do Poder Judiciário Paulista também não há unanimidade em relação à criação de tais Varas, e o embate intrainstitucional deve seguir, pois reflete uma disputa de fundo entre uma velha ordem civilista e uma nova ordem jurídico-urbanística. Até o presente momento, segundo informe do senhor Diretor da Presidência do TJSP, o Grupo de Trabalho ainda não entregou o seu

31 Para ler a coluna na íntegra, disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/minha-coluna-na-folha-propriedade-privada-e-roubo/>>

relatório. A fim de diminuir a resistência dos Juízes paulistas e de fortalecer a corrente que defende a imediata criação das Varas de conflitos fundiários, o TJSP, através da Escola Paulista de Magistratura, está oferecendo um Curso sobre “Temas controvertidos de Direito Urbanístico”³², em que são examinados, entre outros temas, o conceito de Função Social da Propriedade, as políticas de Regularização Fundiária e o direito à moradia.

6 Conclusões preliminares

Conforme advertência na apresentação deste texto, a presente pesquisa encontra-se em curso, não estando ainda concluída, mas desde já é possível sublinhar as seguintes conclusões preliminares:

- a) o direito à cidade densificou-se no ordenamento jurídico brasileiro com a inclusão de sua garantia entre as diretrizes da Política Urbana estabelecidas pelo Estatuto da Cidade. O movimento jurídico coincide com uma popularização de tal direito a partir de campanhas realizadas no plano internacional por importantes entidades da sociedade civil, como a Habitat International Coalition.³³ Hoje, a Carta Mundial pelo Direito à Cidade já consta entre os documentos disponibilizados pelas Nações Unidas para fins de consulta³⁴, o que inequivocamente demonstra a importância dada ao tema pela agência Habitat e a interlocução já estabelecida

32 Ver, a propósito: <<http://www.tjsp.jus.br/institucional/canaiscomunicacao/noticias/Noticia.aspx?id=26231>> Acesso em: 05 maio 2015.

33 Informações disponíveis em: <<http://hic-al.org/>> Acesso em: 05 maio 2015.

34 Ver, a propósito: <http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=50&Itemid=3> Acesso em: 05 jul. 2015.

com os movimentos sociais que propugnam o reconhecimento desse direito;

- b) o Estatuto da Cidade, no Brasil, foi um passo importantíssimo para a modificação da cultura jurídica civilista sobre a cidade, representando uma ruptura paradigmática e marcando a emergência de uma nova ordem jurídico-urbanística orientada pelo pleno atendimento das funções sociais da cidade e da propriedade no Brasil.
- c) apesar dos avanços legais, a nova ordem jurídico-urbanística brasileira ainda encontra dificuldades culturais, políticas e jurídicas para sua efetividade que passam pela correlação de forças nas Câmaras de Vereadores dos 5.550 municípios brasileiros, pela vontade política de governantes municipais para a aplicação de instrumentos que combatam a retenção especulativa de imóveis urbanos e promovam o direito à cidade. Um dos principais obstáculos para a concreção do direito à cidade, no entanto, localiza-se no seio do Poder Judiciário, que majoritariamente tem sido refratário à mudança paradigmática que confere efeitos jurídicos concretos ao princípio da função social da propriedade. A resistência à nova ordem jurídico-urbanística fica clara em um exame jurisprudencial que demonstra a predominância de julgados que examinam conflitos coletivos sob a ótica civilista no TJRS;
- d) compreende-se que a “trincheira” representada pelo Poder Judiciário é importantíssima para a difusão do ideário de Reforma Urbana e de garantia do direito à cidade e que movimentos de divulgação de tal ideário têm sido observa-

dos em alguns Tribunais do país, como é o caso do TJSP, que vem procurando dar visibilidade ao tema e oferecer capacitação técnica aos magistrados em relação ao Direito Urbanístico;

- e) a criação de Varas de Conflitos Fundiários para dar um olhar especializado às situações envolvendo posses coletivas em estados como São Paulo também demonstra que o avanço do ideário do direito à cidade marcha com um movimento de avanços e recuos, já que a jurisprudência, por enquanto, ainda não assimilou sequer as diretrizes da Política Urbana, quem dirá o alcance e os efeitos jurídicos da função social da propriedade após a promulgação do Estatuto da Cidade;
- f) a tendência é que a disputa perdure por longo tempo ainda no seio do Poder Judiciário Brasileiro, pois, em períodos de transição paradigmática, as mudanças de atitude e de tomada de decisão em um sentido inovador são lentas e marcadas por grande hesitação;
- g) os movimentos sociais, titulares dos novos direitos coletivos consagrados pelo Estatuto da Cidade são atores chave para que a efetividade dos novos instrumentos seja atingida, já que são os principais beneficiários dos comandos da lei 10257/01. Muitas ações já vem sendo observadas, mas novos fenômenos de massa devem ocorrer na luta por um direito à cidade para todos e todas no Brasil e na América Latina.

Referências

- ALFONSIN, Betânia de Moraes. *A política urbana em disputa: desafios para a efetividade de novos instrumentos em uma perspectiva analítica de Direito Urbanístico comparado: (Brasil, Colômbia e Espanha)*. 2008. 265f. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional, 2008.
- ALFONSIN, Betânia de Moraes. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (orgs.). *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas, uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 15 jul. 2015.
- BEDESCHI, Luciana. Da ação de reintegração de posse do Hotel Aquarius ao abandono. *Centro Gaspar Martins De Direitos Humanos*, 2014. Disponível em: <<http://www.gaspargarcia.org.br/noticia/da-a%C3%A7%C3%A3o-de-reintegra%C3%A7%C3%A3o-do-hotel-aquarius-ao-abandono>> Acesso em: 04 jul. 2015.
- BRASIL. Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 de julho de 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. Reimpressão 2015.
- FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (orgs.) *Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GRAFMEYER, Yves. *Sociologia Urbana*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1994.
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Características da População*. Disponível em: <<http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao>> Acesso em: 03 maio 2015.
- RIBEIRO, Ana Clara Torres. A reforma e o plano: algumas indicações gerais. In: GRAZIA, Grazia de. *Plano Diretor: instrumento de reforma urbana*. Rio de Janeiro: FASE, 1990.

ROLNIK, Raquel; SAULE JR., Nelson (coords.). *Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

UNFPA – United Nations Population Fund. *How has the world changed in the last 20 years?*, 07 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.unfpa.org/news/how-has-world-changed-last-20-years>> Acesso em: 01 maio 2015.

A OFERTA AUTOMATIZADA

CRISTINA STRINGARI PASQUAL¹

Introdução

A negociação através de meios eletrônicos é reconhecida na atualidade como um frequente mecanismo de vinculação contratual. Tem-se a contratação automatizada como algo que compõe o cotidiano dos cidadãos, seja para celebração de negócios entre empresários, como em relações essencialmente de consumo, tais como a aquisição bebidas, alimentos ou outros produtos, seja para obtenção de prestação de serviços bancários, de estacionamento etc.²

Com o surgimento da Internet, a utilização da contratação eletrônica tornou-se ainda mais comum, permitindo a troca de informações, dados e negociações, através de linhas telefônicas ou ondas de rádio. A evolução tecnológica inegavelmente facilitou o dia a dia em

1 Advogada, Professora da Faculdade do Ministério Público, Doutora em Direito pela UFRGS, Mestre em Direito pela UFRGS.

2 MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 51-52.

sociedade, mas também exigiu um maior desenvolvimento em outras áreas, como se verifica no âmbito do Direito, gerando uma incessante busca por mecanismos capazes de permitir um acompanhamento a tais transformações e proporcionando também uma maior segurança jurídica nas transações eletrônicas.³

Tem-se assim com grande frequência a contratação por computador ou outros meios automatizados, negócios cuja origem não está mais na participação direta e pessoal das partes contratantes, mas sim que se perfectibilizam através de máquinas, sem muitas vezes sequer as partes se conhecerem. Além disso, é também uma forma de contratação que permite maior celeridade no desenvolvimento econômico, uma facilitação na comunicação e a diminuição das distâncias.⁴

Frente a toda essa situação, um aspecto de grande relevância encontra-se na análise da formação do contrato automatizado, mais especificamente no que diz respeito à manifestação de vontade propulsora dessa espécie de contratação, que pode ser chamada de proposta, ou, por vezes, de oferta ao público, ou ainda configurar uma oferta de consumo, dependendo sempre da origem, do destinatário e do conteúdo da manifestação apresentada.

Não há contrato sem uma manifestação de vontade que lhe dê origem. Mas tal manifestação na atualidade não mais pode ser vista exclusivamente pelo prisma clássico no qual os sujeitos colocavam-se frente a frente ou se comunicavam por carta ou mensageiro, pois, perante a sociedade massificada que hoje se apresenta, na qual

3 Como destaca OLIVEIRA, Elsa Dias: “é inegável que a Internet tem permitido, e cada vez mais, uma maior oferta e também uma maior procura, dinamizando, em consequência, o encontro entre a oferta e a procura”. *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacional privatista*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 23.

4 Sobre o tema, ver: SANTOLIM, César Viterbo Matos. *Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 21 e seguintes.

predomina a impessoalidade, o individualismo e um dinamismo indiscutível, surge a necessidade de mudanças na análise da matéria para que o direito efetivamente acompanhe a evolução social.

Partindo dessa inegável realidade, torna-se importante realizar um estudo sobre o tema a fim de verificar o conteúdo da manifestação de vontade contido na oferta automatizada, seu âmbito de aplicação e efeitos. Para tanto, a presente exposição será dividida em duas partes: a primeira voltada para análise do instituto frente aos diplomas legais aplicáveis à matéria e em especial no que diz respeito ao efeito vinculante da vontade automatizada; a segunda parte será direcionada à análise da tutela da confiança indispensável na formação do contrato automatizado, assim como a possibilidade de o ofertante desvincular-se da relação que se estabelece no meio eletrônico.

I – A oferta automatizada como uma nova forma de vinculação negocial

Como a contratação via computador passa a cada dia a ser mais utilizada no Brasil e no mundo, proliferando-se principalmente o número de ofertas e a publicidade de bens e serviços através de ligação on-line, fica evidente a necessidade de uma delimitação clara sobre as normas a serem aplicadas para a sua regulamentação.⁵

São proporcionadas aos consumidores, diariamente, a possibilidade de aquisição de bens, a utilização de serviços, a obtenção de dados que lhes interessem, como, por exemplo, promoção de pacos-

5 Conforme destacado por Newton de Lucca, diversos países apresentam leis que tratam sobre alguns ou diversos aspectos do tema comércio eletrônico, como Alemanha, França, Itália, Portugal, Estados Unidos, Argentina e Colômbia. LUCCA, Newton de. Títulos e contratos eletrônicos – o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito & Internet* – aspectos relevantes. Bauru: Edipro, 2000, p. 70-88.

tes de viagens, passagens aéreas etc., desenvolvendo-se o comércio fornecedor-consumidor via oferta eletrônica. Também, outros meios automatizados tornaram-se comumente utilizados, mediante o oferecimento de serviços ou produtos através de máquinas, atingindo-se um número variado de sujeitos, ou seja, a todos que se interessarem pela prestação do serviço ou pelo fornecimento do produto.

A) A "oferta" no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor

Tem-se na atualidade uma dupla disciplina quanto ao que genericamente se pode chamar de oferta: uma disciplina inserida no Código Civil e outra no Código de Defesa do Consumidor. Logo, é de grande importância analisar-se a disciplina nos dois diplomas legais, pois a aplicação de um ou outro sempre vai depender da relação que se estabelece no caso concreto.⁶

Em matéria de oferta automatizada, a aplicação dos dois diplomas se mostra possível, tendo em vista as características que tal instituto pode apresentar. Se ela partir de um não fornecedor para outro particular ou mesmo empresário, indiscutivelmente as regras a serem aplicadas serão as do Código Civil Brasileiro. Entretanto, se a manifestação partir de um fornecedor para um consumidor, a normatização será a constante do Código de Defesa do Consumidor.⁷

A disciplina trazida pelos dois diplomas leva em consideração os sujeitos participantes da relação, podendo-se dizer que, no âmbito do Código Civil, tem-se a tutela dos iguais, e no Código de Defesa do Consumidor, a tutela dos desiguais.⁸

6 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 721.

7 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...* Op. cit., p. 720 ss.

8 MARQUES, Cláudia Lima. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 33-34.

1. A “oferta”⁹ na relação entre iguais

Quando o legislador civilista disciplina a formação dos contratos, ele inicialmente traz regras relativas à chamada proposta e à chamada oferta ao público, ficando evidente que se trata de institutos distintos em sua caracterização, apesar de terem a mesma finalidade, que é a formação de um contrato.¹⁰

Nesse sentido, ao se examinar o instituto da proposta partindo-se da disciplina constante nos arts. 427¹¹ e 428¹², assim como do art. 429¹³, todos do Código Civil Brasileiro, pode-se afirmar que esta exige dois requisitos indispensáveis: manifestação de vontade completa e direcionada a sujeitos determinados, afinal, ao afirmar que a proposta pode ser entre presentes e entre ausentes, evidencia que os receptores sempre devem ser determinados, assim como, ao afirmar o art. 429 que a oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos mínimos necessários à formação do contrato, deixa evidente que a proposta sempre exige a presença dos elementos existenciais mínimos¹⁴ da espécie contratual que se visa perfectibilizar.

9 Colocam-se as aspas na expressão oferta no intuito de destacar que, com essa expressão, se está querendo referir tanto à proposta como à oferta pública.

10 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceito, fontes, formação*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 57.

11 “Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”

12 “Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.”

13 “Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.”

14 Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, no plano da existência, tem-se os elementos do negócio jurídico, no plano da validade, os requisitos, e no plano da eficácia, os fatores de eficácia do negócio jurídico. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 23 et. seq.

Estando presentes os elementos mínimos necessários à formação do contrato, basta adicionar-se a tal manifestação de vontade a aceitação, que surgirá o consenso indispensável à constituição de todo e qualquer contrato.¹⁵

Quanto a ser direcionada a manifestação a sujeitos determinados, evidente que não importa o número de receptores, mas sim que possam ser identificados individualmente. Sem identificação individualizada dos receptores, não há proposta.¹⁶

Em existindo uma proposta, portanto, pode-se afirmar que, conforme preceitua o art. 427 do Código Civil Brasileiro, ela obrigará o proponente a mantê-la durante todo o seu período de vinculação.¹⁷

No que diz respeito à oferta ao público, evidente que, como enfatiza a própria denominação, esta se dirige a sujeitos indeterminados, ao público em geral. Entretanto, como constante do *caput* do art. 429 do Código Civil Brasileiro, a oferta tem de ser uma manifestação de vontade completa, ou seja, a semelhança da proposta deve conter os elementos mínimos necessários para constituição do contrato, bastando para tal a aceitação do oblato.

15 OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. A aurora na formação dos contratos: a oferta e a aceitação do clássico ao pós-moderno. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 15, jul./set. 2003, p. 243-244.

16 BESSONE, Darcy. *Do Contrato – teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 116.

17 SANTOLIM, César Viterbo Matos. *Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10-11. Observa Cláudia Lima Marques que, no art. 427 do Código Civil Brasileiro, por meio do uso da expressão “obriga o proponente”, não se pode confundir os efeitos da proposta clássica com os efeitos do contrato em si. Afirma a autora: “O proponente não fica obrigado a efetuar a prestação principal. Esta obrigação contratual principal só nascerá após a aceitação, quando da formação do contrato. O proponente fica ‘obrigado’ pela própria proposta; obrigado porque sujeito passivo de um *dever jurídico* (vinculado a observar certa conduta – manter a oferta – no interesse de outra pessoa, o titular do direito subjetivo); obrigado porque, no caso da oferta, fica reduzido a um estado de sujeição, isto é, terá de se submeter aos efeitos jurídicos da aceitação do outro, não podendo querer com eficácia em sentido contrário. Submete-se, em última análise, à iniciativa de atuação do outro, que recebeu a proposta, e detém assim um direito potestativo a aceitá-la naqueles termos”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...* Op. cit., p. 721-722.

2. A oferta na relação de consumo

Quando presente uma oferta advinda de um fornecedor e direcionada para um consumidor, tem-se o que se denomina oferta de consumo. Independentemente do número de fornecedores ofertantes ou de consumidores receptores, a denominação que se dá é de oferta.¹⁸

A disciplina legal do instituto encontra-se nos arts. 30 a 35 do Código de Defesa do Consumidor, e a leitura dos referidos dispositivos permite verificar que o conteúdo da oferta de consumo é distinto da proposta e da oferta ao público, disciplinados no Código Civil Brasileiro.

A oferta de consumo pode direcionar-se a receptores determinados ou indeterminados, pois isso não é levado em consideração. Ainda, a oferta de consumo não precisa ser uma manifestação de vontade completa, mas basta ser suficientemente precisa, como bem destaca o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor^{19,20}. Basta, portanto, a precisão de seu conteúdo; basta ser passível de compreensão objetiva, não sendo necessária uma manifestação de vontade completa.

Importante destacar, como exposto por Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, que a oferta constante no Código de Defesa do Consumidor é vista “pelo prisma da realidade massificada da sociedade de consumo em que as ofertas não mais são individualizadas

18 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...* Op. cit., p. 715.

19 “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

20 Como evidencia Cláudia Lima Marques, “toda a informação, mesmo a publicidade, suficientemente precisa constitui uma oferta (uma proposta contratual), vinculando o fornecedor”. MARQUES, *Contratos...* Op. cit., p. 724.

e cristalinas”.²¹ Afirma o autor que a oferta constante da lei consumerista é sinônimo de *marketing*, “significando todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados à sua disposição no mercado pelos fornecedores”²², devendo apenas tais informações serem “suficientemente precisas”, como bem enuncia a lei. Assim, serão vistas como oferta vinculante, sob pena de levar o fornecedor a responder pelas consequências legais estipuladas no art. 35 do Código de Defesa do Consumidor.²³

Não traz o diploma consumerista uma divisão na nomenclatura, considerando que a oferta de consumo pode ser direcionada a sujeitos determinados ou indeterminados, sendo tal fato irrelevante na identificação do conteúdo do instituto.

O que se ressalta pela regulamentação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor é que, quando o fornecedor realizar uma comunicação, seja através de uma oferta ou da veiculação de uma mensagem publicitária sobre um determinado produto ou serviço, estará obrigado a cumprir com o anunciado.²⁴

21 BENJAMIN, Antonio Hermann de Vasconcelos. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. Cap. 5: Das práticas comerciais, p. 226.

22 BENJAMIN, *Código Brasileiro...* Op. cit., p. 226.

23 “Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.”

24 Como destaca Fabio Ulhoa Coelho, esteja a comunicação ressaltando as qualidades ou características do produto ou serviço, esteja definindo condições e preços para a sua aquisição, a oferta tem força vinculante a partir do Código de Defesa do Consumidor. COELHO, Fábio Ulhoa. Das práticas comerciais. In: OLIVEIRA, Juarez de (coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 149. Também a jurisprudência tem esse entendimento conforme se depreende do seguinte aresto: “Consumidor. Recurso especial. Publicidade. Oferta. Princípio da vinculação. Obrigação do fornecedor. – O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o

B) O poder vinculante da vontade automatizada

As propostas e as ofertas mediante meios de comunicação eletrônicos ou automatizados que hoje se conhece podem se apresentar de duas formas genéricas: o pôr à disposição produtos ou serviços permitindo a formação do contrato de forma imediata, como se observa nos leilões on-line²⁵, na venda de refrigerantes ou até mesmo de filmes pagos do tipo *pay per view*, assim como mediante formas que exigem um intervalo de tempo entre a manifestação de vontade e sua recepção, como, por exemplo, nos casos de envio de e-mail.

Nesse sentido, fala-se no meio eletrônico na possibilidade de existir tanto propostas como ofertas entre presentes ou entre ausentes²⁶, assim como se pode ter ofertas ao público mediante meios eletrônicos, ficando a utilização vinculada ao objetivo ou de formação de um contrato civil, empresarial ou de consumo.

Quando do surgimento do Código Civil de 1916, as formas de comunicação não eram muito diversificadas. Assim, não eram encontradas referências a um elenco, mesmo que exemplificativo, de meios que podiam ser utilizados para a apresentação de uma proposta, a não ser a referência ao telefone e à correspondência telegráfica.

O Código Civil de 2002, ao se referir aos meios pelos quais

contrato que vier a ser celebrado. – Constatado pelo eg. Tribunal a quo que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da oferta apresentada. – Diante da declaração de falência da concessionária, a responsabilidade pela informação ou publicidade divulgada recai integralmente sobre a empresa fornecedora”. Recurso Especial 363939 – MG. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Nancy Andrichi. DJ 01.07.2002.

25 MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança...* Op. cit., p. 216-221.

26 Entretanto, deve-se ressaltar que tal posição não se mostra unânime. SILVA, Rosana Ribeiro da, em seu artigo intitulado *A Teoria Geral dos Contratos e os Contratos Eletrônicos*, afirma que a contratação virtual é realizada sempre entre ausentes, por considerar inexistir contato direto entre as partes contratantes. *Revista de Direito Privado*, n. 8, out./dez. 2001, p. 204.

podem ser apresentadas as manifestações de vontade, permaneceu fazendo menção à proposta via telefone, incluindo ainda, ao lado de tal meio, a possibilidade de ela ser promovida por qualquer “meio de comunicação semelhante”.²⁷ Dessa forma, deixou um campo mais amplo para interpretação quanto aos meios de comunicação que podem ser utilizados, permitindo que a lei acompanhe as mudanças tecnológicas.

Os meios utilizados para apresentação de uma proposta ou oferta assumem papel de relevância no intuito de identificar se tal ocorre entre presentes ou entre ausentes, pois, no ordenamento jurídico tradicional, classificar a proposta entre presentes ou entre ausentes acarreta consequências jurídicas distintas no que tange à vinculação das declarações de vontade.

Indiscutivelmente, as mudanças operadas quanto às formas de oferecimento de produtos e serviços no mercado de consumo são diversas, principalmente tendo em vista as ofertas ao público em geral, como nos anúncios na imprensa escrita, em programas de televisão, teletexto, Internet, envio de catálogos por meio eletrônico, os autosserviços, os avisos sobre as condições de utilização de transporte, parques de estacionamento, entre outros serviços, a disponibilidade de aparelhos automáticos de venda ou prestação de serviços, incluindo seguros e serviços financeiros.²⁸

Para o consumidor, essas novas formas de contratação trouxeram comodidades insuperáveis, pois proporcionam a ele adquirir produtos ou serviços a qualquer dia e horário, sem a necessidade de enfrentar filas para pagamento, sem precisar se deslocar, preocupar-se com o trânsito e estacionamento nos grandes centros urbanos.

27 Assim determina o art. 428, inciso I.

28 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Op. cit., p. 64.

Ao lado de todas as inegáveis vantagens trazidas pelo comércio automatizado, e principalmente pelo comércio eletrônico, surgem, entretanto, alguns problemas ao consumidor brasileiro, pois não há uma regulamentação vigendo sobre a matéria.²⁹ Na prática, muitas vezes verificam-se ofertas de produtos inexistentes no estoque, cancelamentos de pedidos confirmados, desconsideração em reclamações, falta de transparência no preço dos bens e serviços ofertados, a insegurança no pagamento via cartão de crédito na rede, o que sem dúvida faz com que muitos consumidores hesitem em utilizar tais mecanismos.

É inegável, portanto, a necessidade de proteção à confiança que o consumidor deposita ao negociar através da Internet. Assim, quando apresentadas ofertas, estas devem ser cumpridas em sua totalidade, e o Código de Defesa do Consumidor não apresenta qualquer regra específica; somente encontra-se no art. 33³⁰ referência aos requisitos da oferta por telefone ou reembolso postal, o que não proporciona um entendimento completo sobre o tema, principalmente no que tange à oferta eletrônica.

Há dúvidas quanto à oferta automatizada que ficam sem uma resposta direta, como, por exemplo, se esta pode ser considerada entre presentes ou ausentes. Há inclusive quem entenda que, quando houver uma simples informação através de um site da Internet, não há oferta, mas sim um mero convite a ofertar.³¹

29 Não há no Brasil uma regulamentação legal específica. Há, sim, um projeto de lei de n. 1.589, de 1999, em tramitação no Congresso Nacional, dispondo sobre a validade do documento eletrônico e da assinatura digital.

30 "Art. 33. Em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial."

31 Como demonstra OPPO, Giorgio. *Desumanizzazione del Contratto?* *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 5, set./out. 1998, p. 529.

1. A vinculação entre presentes

Seguindo os ensinamentos de Luiz da Cunha Gonçalves³², a proposta entre presentes é aquela que se perfaz entre sujeitos que estão em frente um ao outro, seja pessoalmente, seja por meio de mandatários ou representantes legais, pois o modo e o tempo pelo qual a vontade é transmitida é que baseiam a caracterização do instituto, podendo portanto a aceitação ser manifestada no mesmo lugar e no mesmo ato em que se realizou a proposta, por viva voz ou por meio de aparelhos como o telefone. Sendo assim, a proposta entre presentes exige de regra a aceitação imediata para a formação do contrato, sob pena de a obrigatoriedade do cumprimento da proposta desaparecer.

O Código Civil de 2002 permanece adotando o mesmo entendimento quanto ao tema.³³ Determina o novo diploma que a proposta entre presentes é aquela que permite o contato imediato entre as partes, a comunicação simultânea.³⁴ Quanto à proposta entre ausentes, inversamente, entende que se opera quando não é possível o contato imediato entre as partes, mas, sim, somente por correspondência, ou interposta pessoa, ou ainda por qualquer meio de comunicação que não permita o contato imediato entre as partes.³⁵

Desde o Código Civil de 1916, sendo que no Código Civil de 2002 permanece mesmo entendimento³⁶, a oferta por telefone foi

32 GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*, em comentário ao Código Civil Português. 2. ed. atualizada e aumentada e 1. ed. brasileira. vol. IV, tomo I, anotado por Brasil R. Barbosa. São Paulo: Max Limonad. 1958, p. 380.

33 CARVALHO, Ana Paulo Gambogi. *Contratos via Internet*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 74-77.

34 Posição que também é adotada no Direito português, conforme leciona Fernando Pessoa Jorge. A formação do contrato à face do novo Código Civil Português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 71, n. 249, jan./mar. 1975, p. 57.

35 Nesse sentido também: JORGE, Fernando Pessoa. Id.

36 O art. 428, inciso I, que substituiu o art. 1.081, inciso I do Código de 1916, determina que se considera como presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante.

considerada como entre presentes, tendo em vista a possibilidade de contato imediato entre as partes. Estando os sujeitos que participam da relação bem próximos ou até mesmo bem distantes, em razão da utilização de tal meio de comunicação, há manifestações de vontades consideradas entre presentes. O que se leva em consideração na verdade é a possibilidade de comunicação simultânea entre as partes, seja qual for o meio de comunicação utilizado. A proposta via telefone é considerada, portanto, entre presentes, independentemente do local.³⁷

Tal regra, todavia, não é absoluta, pois a proposta, mesmo que feita entre pessoas consideradas juridicamente presentes, pode vir acompanhada de um termo para resposta. Assim, se estará frente a uma declaração de vontade com prazo de vinculação, não podendo jamais ocorrer a desistência do negócio antes do término do prazo.³⁸ Pode tal prazo ser curto ou extenso, mas a consequência é a mesma, o surgimento de um vínculo jurídico que, se rompido, gera, de regra, o dever de indenizar por danos acarretados, ou seja, origina a responsabilidade civil.

Este sistema foi o adotado no Código Civil Brasileiro de 1916, assim como pelo atual Código Civil, e é aplicado sempre nas relações entre privados. Todavia, por ser uma relação de consumo, vinculando, portanto, fornecedor a consumidor, o entendimento quanto à oferta presencial não é afastado, mas somente as consequências jurídicas frente a uma possível desistência arbitrária do negócio apresentado,

37 Nesse sentido: FERRARI, Franco. A comparative overview on offer and acceptance *inter absentes*. *Boston University International Law Journal*, v. 10, n. 2, fall 1992, p. 184.

38 Nosso ordenamento não traz artigo referindo expressamente tal situação, mas fácil é de se depreender do próprio art. 428, inciso I, assim como do disposto no art. 427, ao fixar que a proposta de contrato obriga o proponente, salvo se o contrário resultar dos termos dela, das circunstâncias do caso ou da natureza do negócio. Sobre o tema, ver: OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. *A aurora...* Op. cit., p. 251.

como se verifica no art. 35 do Código de Defesa do Consumidor já referido.³⁹

Nesse sentido, considera-se entre presentes a oferta realizada entre sujeitos que podem se comunicar simultaneamente, enquanto entre ausentes aquela em que tal situação não pode ser vislumbrada. Se estiverem em cidades distantes, ou até mesmo na mesma cidade, ou no mesmo bairro, na mesma rua, mas receber o aceitante a proposta ou oferta por telefone ou qualquer outro meio que permita a comunicação simultânea, deverá a declaração receptícia ser considerada entre presentes.⁴⁰

Verificando-se a matéria sob tal espectro, parece simples a identificação das espécies de proposta. Todavia, novas formas de contratação antes inimagináveis, como no chamado comércio eletrônico⁴¹, acarretaram o surgimento de novas questões na matéria contratual, pois o mero consenso suficiente para a formação da grande parte das espécies contratuais⁴² agora pode ser obtido através de novos meios que, a cada dia, seduzem mais os consumidores, meios estes automatizados, como, por exemplo, a Internet.⁴³

Entretanto, parece na atualidade que a resposta encontra-se na mera verificação da simultaneidade ou não da comunicação entre policitante e oblato ou ofertante e aceitante.⁴⁴ Assim, para classificar-se

39 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito Comum. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 90, 1995, p. 130.

40 Nesse sentido: FERRARI, Franco. Op. cit., p. 184.

41 Segundo PEREIRA, Alexandre Libório Dias, "o comércio eletrônico traduz-se na negociação realizada por via eletrônica, isto é, através do processamento e transmissão eletrônicos de dados, incluindo texto, som e imagem". *Comércio Eletrônico na Sociedade da Informação: da segurança técnica à confiança jurídica*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 14.

42 Afinal, poucos são os contratos considerados reais, ou seja, aqueles que exigem além da oferta e aceitação a efetiva entrega da coisa, como o mútuo, por exemplo. BESSONE, Darcy, op. cit., p. 115.

43 Assim, afirma: CARVALHO, Ana Paulo Gambogi. *Contratos via Internet*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 63.

44 Nesse sentido: SANTOS, Manoel M. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico – contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 36, out./dez. 2000, p. 122.

a oferta via Internet como entre presentes ou entre ausentes, deve-se compreender que as ofertas transmitidas por meio de *Internet Relay Chat*, ou seja, de forma interativa, integram a classe das declarações de vontade (oferta) entre presentes, como no caso do telefone.⁴⁵

2. A vinculação entre ausentes

A proposta entre pessoas ausentes é aquela apresentada a sujeitos que não possuem um contato imediato com o polícitante, seja uma interposta pessoa ou por outro meio que não permita o contato imediato, distinguindo-se da proposta entre presentes em razão do modo ou tempo.

O ordenamento jurídico brasileiro preocupou-se em regular a proposta entre ausentes, estipulando prazos legais de vinculação, que podem ser afastados consensualmente. No atual Código Civil, art. 428, incisos II e III, encontra-se a posição que considera que a proposta entre ausentes deixa de ser vinculante se o receptor não manifestar sua aceitação dentro do prazo se este for fixado, ou, se não fixado, dentro do prazo suficiente para a chegada da resposta, quando refere a doutrina ao chamado prazo moral, que por óbvio variará de acordo com o meio de comunicação utilizado.⁴⁶

Utiliza a lei critérios mais ou menos objetivos, acarretando a necessidade de prova nos casos de ausência de fixação de prazo para resposta, quanto ao termo “tempo necessário” constante no inciso II do art. 428 do Código Civil.

45 Como bem destacado por Marcelo Leal de Lima Oliveira, “mesmo estando duas pessoas separadas espacialmente, pode o contrato ser realizado entre presentes, bastando para isso que os contratantes se utilizem de meio de comunicação simultâneo como o telefone ou programa de comunicação em rede no chamado tempo real (*real time*) como o ICQ ou outro software análogo”. *A aurora...* Op. cit., p. 257.

46 CARVALHO, Ana Paulo Gambogi. *Contratos...* Op. cit., p. 74.

Aplicando-se a legislação consumerista à oferta de consumo on-line, originando ela um comércio eletrônico direto ou indireto⁴⁷, fica claro que o fornecedor, ao disponibilizar aos consumidores informações suficientemente precisas sobre um produto, serviço ou uma publicidade, tem de cumprir com o apresentado. Caso contrário, pode vir a ser acionado para realizar a obrigação de forma forçada, ou seja, entregar o produto ou prestar serviço equivalente, ou ainda restituir o pagamento se recebeu adiantado, atualizado monetariamente, além das perdas e danos, nos termos do art. 35 do CDC.⁴⁸

Pode-se, sem dúvida, afirmar que o emitente da oferta via Internet tem obrigações de caráter geral de informação e conselho a seu potencial cliente. Isto é, informar e advertir quanto a todos os aspectos envolvendo qualidade, prestabilidade, rendimento, riscos, vantagens, desvantagens etc. do produto ou serviço.

Em sendo uma oferta de consumo, tem-se inclusive dispositivo específico identificando tal dever. Consta no art. 31 que os dados relativos aos produtos e serviços ofertados no mercado de consumo devem ser corretos, claros, precisos, ostensivos e em língua portuguesa, ou seja, devem corresponder à realidade, ser de fácil compreensão, concisos e, se em outra língua, que sejam de uso corrente as expressões ou venham a ser devidamente explicadas.⁴⁹

Resta, claro assim, que as ofertas transmitidas por e-mail, ou

47 Entende-se por comércio eletrônico indireto aquele em que a encomenda de bens dá-se por meio eletrônico e sua entrega ocorre por meios tradicionais, como, por exemplo, pelo correio. Já o comércio eletrônico direto é aquele em que a encomenda, o pagamento e a entrega se dão por meio eletrônico, como no caso de bens e serviços incorpóreos (serviços bancários, entrega de programas de computador etc.) Nesse sentido: PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Comércio Eletrônico na Sociedade da Informação: da segurança técnica à confiança jurídica*. Coimbra: Almedina, setembro de 1999, p. 14-15.

48 Assim: CARVALHO, Ana Paula Gambogi, *Contratos...* Op. cit., p. 68.

49 BALBINOT, Rachele Amália Agostini. O Marketing: Formas incitativas de consumo, publicidade e promoção de vendas. *Revista Jurídica*, Faculdade Novo Ateneu de Guarapuava, Paraná, v. 1, n. 2, 2001, p. 79.

por “clique” em uma *homepage*, são vistas como entre ausentes, pois há verdadeiramente um lapso temporal considerável entre a exteriorização da oferta e a sua chegada ao aceitante.⁵⁰

Assim, em princípio, pode-se afirmar que as mesmas regras constantes do diploma civil, no seu art. 428 e seus incisos, aplicam-se à proposta via Internet.⁵¹ Entretanto, sendo a oferta automatizada considerada como de consumo, é claro, a ela serão aplicadas as regras do Código de Defesa do Consumidor, enquanto as do Código Civil somente servirão para aplicação subsidiária.⁵²

II – A tutela da confiança na oferta automatizada

Ao utilizar o computador como meio de comunicação ou qualquer outro meio automatizado, verifica-se que a facilidade e a celeridade são, na maioria das vezes, suas mais destacadas características, pois muitas vezes basta um clique na tecla de uma máquina, ou a inserção de uma moeda, ou um toque no *mouse*, para que se manifeste uma vontade. E mais, basta o pôr a disposição verificado nos meios de comunicação eletrônicos para que se tenha uma declaração de vontade vinculante.⁵³

Essa nova forma de manifestação de vontade, muito mais dinâmica, célere, capaz de reduzir distâncias e de transformar manifestações que eram necessariamente entre ausentes em manifestações entre presentes, exige indiscutivelmente uma reflexão cautelosa

50 CARVALHO, op. cit., p. 70.

51 CARVALHO, op. cit., 74-75.

52 Nesse sentido: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...* Op. cit., p. 693.

53 GLANZ, Semy destaca a evolução nas formas de contratação, inclusive referindo a venda por máquinas como no caso de refrigerantes, biscoitos, selos etc. Internet e Contrato Eletrônico. *Revista dos Tribunais*, vol. 757, nov. 1998, p. 70.

quanto ao poder de vinculação da oferta, às regras a serem aplicadas e ao momento de formação do contrato. Diante disso, é imprescindível um exame acerca dessa vinculação, assim como da possibilidade de retratação da proposta ou revogação da oferta, tudo no intuito de buscar a verdadeira tutela aplicável às partes envolvidas.⁵⁴

A) A proteção do receptor da “oferta”

Uma vez apresentada uma proposta, oferta ao público ou oferta de consumo, surge o questionamento quanto aos efeitos jurídicos de cada uma das declarações de vontade, ou seja, se os efeitos restringem-se a efeitos pré-contratuais ou se já podem ser vistos como contratuais, caracterizando o que se denomina de inadimplemento da obrigação negocial.

Há que se identificar em que momento houve a desistência da proposta, ou seja, se antes ou após a aceitação, pois, se for após o consenso aceite, tem-se um verdadeiro incumprimento contratual, uma vez que com aceitação se forma o contrato; entretanto, se ocorrer antes da aceitação, há somente sujeição a perdas e danos.⁵⁵ Já no âmbito da oferta de consumo, o efeito de uma possível negativa no cumprimento desta proporciona ao consumidor eleger qualquer uma das alternativas previstas no art. 35 do Código de Defesa do Consumidor.

A análise deve ser feita tendo em vista o conteúdo da vontade negocial segundo o sistema da legislação aplicável, sendo por isso necessária a verificação do entendimento advindo do diploma civil e consumerista.

54 Destaca Ricardo L. Lorenzetti ser de extrema importância a análise da revogação da oferta. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 305-307.

55 CUNHA, Daniela Moura Ferreira. *Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 90.

1. A proteção da confiança no Código Civil

O aspecto importante que pode se observar do art. 429 do Código Civil Brasileiro, como da disciplina da oferta de consumo, diz respeito à tutela da confiança despertada no receptor da manifestação da vontade. Isso porque, afinal, se conhece os receptores da declaração de forma individual, não podendo querer que prospere vontade interna em prejuízo dos receptores que tiveram sua expectativa legítima atingida, seja essa oferta apresentada por meios tradicionais, como placas, cartazes ou jornais, seja pelos meios automatizados.⁵⁶

Conforme assevera Mário Júlio de Almeida Costa, “através da responsabilidade pré-contratual tutela-se directamente a confiança fundada de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa fé; e, por conseguinte, as expectativas legítimas que as mesmas lhe crie, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração”.⁵⁷

Quando o Código Civil Brasileiro regula a denominada proposta contratual, ele adota a posição seguida pelo direito alemão⁵⁸, determinando que a proposta vincula o proponente durante o seu prazo de validade, o que traz o entendimento de que, uma vez apresentada a polcitação, fica o sujeito submetido a seus efeitos, obrigado a mantê-la até o final do prazo, sob pena de perdas e danos caso ocorra uma desistência injustificada.

56 MARTINS, Guilherme Magalhães enfatiza que a confiança do público é indispensável ao progresso do comércio eletrônico e assim, evidentemente, à tutela da referida confiança. *Contratos Eletrônicos Via Internet: Problemas relativos à sua formação e execução. Revista dos Tribunais*, v. 776, junho, 2000., p. 97.

57 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 271.

58 Assim: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 476.

Está-se frente a uma hipótese de responsabilidade civil pré-contratual, afinal, a desistência anterior à aceitação não pode gerar efeitos de inadimplemento contratual e, portanto, a aplicação do art. 475⁵⁹ do Código Civil Brasileiro.

No que se refere à denominada oferta ao público, tem-se uma realidade distinta, pois, como esta se direciona a um público indeterminado, a proteção da confiança dos receptores é indiscutível. Não se pode admitir que aquele que apresentou a oferta desista de sua declaração de vontade, podendo inclusive o aceitante requerer o cumprimento forçado da promessa no caso de negativa injustificada do ofertante.

2. A proteção da confiança nas relações de consumo

A tutela da confiança tem sido muito discutida e considerada de extrema importância na sociedade atual. Célia Weingarten, ao dedicar-se sobre o estudo da confiança no sistema jurídico, refere que a ética empresarial contribui para formar uma imagem da empresa indispensável para uma boa colocação no mercado, pois desperta confiança dos consumidores, afinal um comportamento ético demonstra a linha de conduta no mercado, gerando expectativas que fazem a diferença para serem eleitas pelos consumidores.⁶⁰

No que diz respeito aos efeitos da oferta de consumo, há de se destacar que, em tal diploma legal, a teoria da confiança é o vértice orientador; logo, é imprescindível a tutela da confiança despertada nos consumidores. Não predomina a teoria da vontade; a preocupa-

59 “Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.”

60 WEINGARTEN, Célia. *La confianza en el sistema jurídico: Contratos y derecho de daños*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002, p. 67-69.

ção do legislador consumerista foi com a expectativa legítima capaz de ser despertada nos consumidores.⁶¹

B) A possibilidade de revogação da oferta

Apesar da oferta de consumo ser capaz de criar vínculos jurídicos mais facilmente do que a proposta tradicional, em razão do seu extremo informalismo e da intensidade de seu poder vinculativo, surge a dúvida se o diploma consumerista afastou a possibilidade de o fornecedor revogar sua oferta ou publicidade.

É claro que, se o Código de Defesa do Consumidor prevê regulamentação para a oferta de consumo, é imprescindível o exame no ordenamento jurídico consumerista quanto à revogabilidade ou não da oferta, pois a regra especial afasta a aplicação da geral, ou seja, havendo regra específica, não é possível a aplicação das normas do Código Civil sobre a matéria. Em que pese, portanto, existir no Código Civil Brasileiro regras quanto à retratação da proposta ou a revogação da oferta pública⁶², determinando como se opera e quando pode ocorrer, tal disciplina legal somente poderia ser aplicada se nada determinasse o diploma consumerista quanto ao tema.

Vários sistemas legais oferecem soluções distintas ao problema de revogabilidade ou irrevogabilidade de uma oferta. Em alguns países a oferta pode ser revogada se a revogação chegar ao ofertado

61 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...* Op. cit., p. 698.

62 Dispõe o art. 428, inciso IV, e o parágrafo único do art. 429:

“Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

[...]

IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.”

[...]

Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.”

antes que ele tenha remetido uma aceitação.⁶³ Em outros, a irrevogabilidade é um princípio, somente podendo ser afastada por declaração expressa do ofertante ou pela lei, quando estas fixam um tempo determinado de irrevogabilidade.⁶⁴

A análise das situações em concreto é que possibilitam a verdadeira compreensão do fenômeno, pois, apesar de inexistir artigo legal especificando quando pode a revogação ocorrer, há na legislação consumerista a previsão quanto à chamada “contrapropaganda”, melhor denominada de “contrapublicidade”, que possibilita a suspensão dos efeitos abusivos ou enganosos da oferta publicitária.⁶⁵

1. “Oferta” revogável

Revogar significa na linguagem dicionarista “declarar ou tornar sem efeito”⁶⁶, “fazer que deixe de vigorar”⁶⁷. Revogar é tirar a voz⁶⁸, suprimir os efeitos da manifestação de vontade apresentada. Incide assim a revogação no plano da eficácia de um negócio, proporcionando a extinção deste. Através da revogação, ato jurídico unilateral e receptício, põe-se fim à relação anteriormente estabelecida⁶⁹; ela torna-se ineficaz, renascendo uma situação jurídica anterior ao momento da oferta.

63 Como no direito francês. Sobre o tema, ver: JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil – Teoria General de las Obligaciones*. Tomo II, v. I. Revisado y completado por André Brun. Trad. Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, 1950, p. 41-42.

64 Assim: FERRARI, Franco. Op. cit., p. 188-189.

65 MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 431.

66 MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. v. 2. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2000, p. 1842.

67 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2010, p. 1234.

68 ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 79.

69 KROETZ, Maria Cândido do Amaral. *A Representação Voluntária no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 107.

A manifestação unilateral de vontade configurada na “oferta” pode ser revogada, desobrigando-se o ofertante a cumprir sua declaração original. Denomina, entretanto, o Código Civil Brasileiro de 2002, assim como fez o de 1916, a reconsideração da proposta de “retratação”.⁷⁰ Já quanto à oferta ao público, o diploma civil traz a denominação de revogação, conforme identifica-se pela redação do parágrafo único do art. 429.

Os sistemas jurídicos que consideram perfeitamente possível retirar-se a “oferta” a qualquer momento, antes da aceitação, defendem a ampla revogabilidade⁷¹ e, assim, a ausência de vinculação na “oferta”, surgindo como consequência também o decaimento desta no caso de morte ou incapacidade superveniente do “ofertante” ou do sujeito ao qual ela se destina.

Para os defensores dessa posição, portanto, em vinculando a “oferta” somente a partir da aceitação, “a noção de convite a contratar ou negociações preliminares assumem um elastério mais amplo, podendo abranger a descrição de bens num anúncio contido numa *Web page*, de acordo com a intenção das partes: o objetivo do fornecedor, ao anunciar na Rede, é de ligar-se a um laço contratual, a partir da aceitação, ou a resposta do consumidor se destina a um

70 Segundo Álvaro Villaça de Azevedo, a palavra “retratação” descende da latina *retractatio, onis* e significa desistência, recusa, retomada, revisão, reexame, emenda, correção, hesitação. Acrescenta ainda o autor que em certos pontos a retração guarda semelhança de sentido com o termo revogação, pois esta significa chamar de novo, fazer voltar, reconduzir, conter, dissuadir, desviar, restabelecer e renovar, concluindo que a revogação é gênero, e a retração é sua espécie. E assevera: “esta não deixa de ser aquela em tamanho menor, pois tem ao condão de tornar ineficaz uma situação jurídica por manifestação de vontade exclusiva do retratante, portanto sempre voluntário, mas não culposa”. *Retratação (Aspectos de Direito Civil)*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, 1993, p. 330-334.

71 Como ocorre no sistema anglo-saxão, no qual, segundo MARTINS, Guilherme Magalhães, “até a aceitação da oferta, desde que não tenha havido contraproposta, pode o ofertante revogá-la a qualquer tempo, sendo que, mesmo no caso de haver sido estabelecida a vinculação à oferta por um prazo determinado, pode o proponente, expirado tal lapso, livremente retratar-se”. *Op. cit.*, p. 96.

outro ato seu, tal qual o envio dos bens (havendo neste segundo caso mero convite a contratar)”⁷².

Já nos ordenamentos que entendem pela vinculação da oferta, como o brasileiro, a oferta somente não subsistirá no caso de morte ou incapacidade superveniente se for *intuitu personae* ou se outra houver sido a intenção do proponente.⁷³

Para a retratação ser considerada legítima, tem de a lei autorizá-la. Tal autorização sempre foi observada no Código Civil Brasileiro de 1916, em seu art. 1.081, inciso IV, o que continua no atual Código Civil no art. 428, inciso IV. Assim, torna-se possível concluir que a desistência justificada da proposta pode ocorrer somente na policitação entre ausentes, desde que chegue ao aceitante antes da própria proposta ou juntamente com ela.⁷⁴

Assim, no Direito brasileiro, é totalmente descabida a afirmação de que até a conclusão do contrato pode ocorrer a retratação da declaração de vontade do proponente, pois significaria dilatar o prazo constante de dispositivo legal.⁷⁵ O termo final para retratação se dá quando a proposta chega ao conhecimento do destinatário, o que facilmente pode ser comprovado, por exemplo, com um aviso de recebimento de correio.⁷⁶ A lei é clara ao afirmar que a proposta deixa de ser vinculante se a retratação chegar ao aceitante antes daquela ou simultaneamente a sua chegada.

72 MARTINS, Guilherme Magalhães. Op. cit., p. 100.

73 Assim também no ordenamento jurídico português. JORGE, Fernando Pessoa. Op. cit., p. 60.

74 Conforme menciona Marcelo Leal de Lima Oliveira: “A regra, portanto, é que eventual retratação deve se dar antes ou concomitantemente ao recebimento da aceitação pelo proponente. Caso a retratação chegue ao ofertante após a chegada da aceitação, as vontades já terão se unido e o contrato já estará formado (art. 1.086, CC/1916 e art. 434, CC/2002)”. *A aurora...* Op. cit., p. 257.

75 Nesse sentido, interessante o destacado por MARTINS, Guilherme Magalhães, ao afirmar que “nos sistemas continentais, em especial o francês, a revogação da oferta antes do decurso do prazo para aceitação (ou caso tal lapso não tenha sido fixado, por uma período razoável ou termo moral, observadas as circunstâncias do caso) é passível de acarretar, para o proponente, a reparação dos danos causados à outra parte em virtude da prematura revogação”. Op. cit., p. 96.

76 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Retratação (Aspectos de Direito Civil). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, 1993, p. 340.

Verifica-se que, no ordenamento civil atual, há uma diferença entre obrigatoriedade e revogabilidade, pois a proposta, ressalvadas as exceções do art. 428, mas antes da aceitação, se revogada, ocasionará seu inadimplemento, que se converterá em perdas e danos. Estas não serão efetivamente a execução do contrato, mas consistem elas “na diferença entre o patrimônio com que o candidato a contratante está e o com que estaria se não tivesse havido oferta”⁷⁷, ou seja, o chamado interesse negativo.

Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo⁷⁸, no caso do Código de Defesa do Consumidor, as perdas e danos são sempre as do interesse positivo, porque o próprio contrato é que é considerado não cumprido. No Código de Defesa do Consumidor, não há sequer a possibilidade de descumprimento da oferta, afinal, se houver aceitação, o contrato é sempre reputado como concluído (art. 35, incisos I, II e III).

No âmbito das relações de consumo, como já asseverado, não se encontra dispositivo destacando expressamente quando ou até quando tal revogação pode ocorrer. Isso se explica pelo fato de o diploma consumerista considerar impossível o descumprimento da oferta, pois o contrato é sempre reputado concluído, bastando para tanto somente a aceitação.

Entretanto, isso não deve levar ao entendimento de que a oferta ou publicidade se revogadas serão vistas como amplamente descumpridas, devendo todo e qualquer consumidor ser indenizado pelo seu interesse positivo, pois, enquanto não surgirem interessados, se o ofertante apresentar a contrapublicidade, esta proporcionará a extinção do efeito vinculativo da oferta perante consumidores

⁷⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade... Op. cit., p. 131.

⁷⁸ Id.

que ainda não tiverem sido atingidos por ela. A perda do poder vinculativo, portanto, somente atinge os consumidores que ainda não manifestaram o intuito de aceitarem a oferta, mas, quanto aos que já se manifestaram, a situação é bem diferente.

Resta, todavia, compreender quando ou até quando pode ocorrer a chamada revogação da oferta, ou, ainda, se há ofertas de consumo irrevogáveis. Revogar a oferta na linguagem do Código de Defesa do Consumidor significa apresentar uma contrapublicidade, conforme preceitua o art. 60⁷⁹ do diploma referido.

A contrapublicidade deve respeitar os requisitos determinados por lei para efetivamente gerar seus efeitos, quais sejam, suspender os efeitos das publicidades abusivas ou enganosas. Para tanto, deve a nova oferta ser emitida no mesmo veículo de divulgação e na mesma forma que foi veiculada, a fim de proporcionar o pleno conhecimento da coletividade de consumidores que atingiu ou que estavam propensos a serem atingidos.

Não respeitando o fornecedor os requisitos advindos da lei, sua oferta continuará a gerar efeitos. Assim, poderá ser exigida a critério do consumidor ou, ainda, configurando ela um ilícito civil, pode ser o fornecedor obrigado a reparar os danos sofridos pelos consumidores efetivamente atingidos, como também a pagar uma indenização ao fundo de restituição de bens lesados.⁸⁰

79 Segundo o art. 60 do CDC, a imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, sempre às expensas do infrator, e será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente, no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

80 Conforme preceitua a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Assim refere o art. 13 de tal legislação: "Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Parágrafo único. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária".

Exemplo típico de tal situação pode ser retratado através de campanha publicitária ocorrida no Município de Porto Alegre, quando um estabelecimento empresarial participante da campanha “Liquida Porto Alegre” veiculou publicidade anunciando mercadorias cujos preços estavam iguais ao período anterior à liquidação, sendo que alguns até mesmo com valores superiores aos praticados anteriormente à referida campanha. Assim, como os consumidores atraídos pela publicidade dirigiram-se ao local a fim de adquirir os produtos e encontraram tal situação, o estabelecimento empresarial foi condenado a apresentar uma contrapublicidade e a pagar uma indenização ao fundo de restituição de bens lesados, independentemente dos danos individuais causados.⁸¹

Nas relações automatizadas, é perfeitamente verificável a possibilidade da retratação da proposta, da oferta pública ou da oferta de consumo. Para tanto o que se deve verificar é a proibição de se ferir a expectativa legítima do receptor, aplicando-se as mesmas regras referentes ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor quanto à matéria.

Quando se trata a proposta ou oferta via e-mail, surge a discussão sobre se a manifestação de vontade é considerada recebida quando da descarga ou da chegada ao provedor do receptor, sendo que realmente parece mais adequada interpretação no sentido de que é o recebimento que determina tal momento, ou seja, a descar-

81 “Caracteriza-se propaganda enganosa a prática por estabelecimento comercial participante da campanha ‘Liquida Porto Alegre’ de fevereiro de 1997, de veiculação de publicidade anunciando mercadoria, cujos preços estavam iguais e, no caso de alguns produtos, até superiores aos praticados anteriormente à referida campanha, já que consumidores foram enganados, na medida em que, atraídos pela grande publicidade do evento liquidatário, dirigiram-se ao estabelecimento, pensando encontrar produtos à venda com preços mais baixos, no que foram negativamente surpreendidos. Em assim agindo, infringiu o estabelecimento comercial o Código de Defesa do Consumidor no seu art. 37 e correlatos, sendo condenado a veicular contrapropaganda e a pagar indenização ao fundo de restituição de bens lesados, de acordo com o art. 13 da Lei n. 7347/85. Apelação improvida.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 598498970, Quarta Câmara, Relator Wellington Pacheco Barros, julgado em 17/02/99.

ga do arquivo no computador daquele a quem é feita a proposta ou oferta.⁸²

2. “Oferta” irrevogável

Como já identificado, a oferta irrevogável não é regra absoluta no ordenamento jurídico brasileiro, pois em muitos casos, é faculdade do emitente a revogação, apesar de não se cogitar a retratação ilimitada, em razão das regras delimitando o tempo de vinculação da oferta.

Quanto à oferta de consumo, todavia, salientou-se que, em sendo suficientemente precisa ou se apresentada através de uma publicidade, é ela capaz de criar vínculo jurídico e, portanto, ser exigida. Enquanto exposta ao público determinado ou não, não pode ser descumprida, sob pena de acarretar inadimplemento obrigacional.⁸³

No que diz respeito à proposta e à oferta automatizada, partindo-se do posicionamento já referido, é de destacar-se que por vezes pode ser ou tornar-se irretratável, tanto por ser a proposta entre presentes ou por, no caso concreto da oferta de consumo, não poder ser revogada sob pena de atingir a confiança do consumidor.⁸⁴

Além da não aceitação levar à desvinculação do ofertante, é de se salientar que o aceitante pode retirar a vinculabilidade da

82 SILVA, Rosana Ribeiro da. A Teoria Geral dos Contrato e os Contratos Eletrônicos. *Revista de Direito Privado*, n. 8, out./dez. 2001, p. 204. Destaca inclusive a autora que o *login* com o provedor pode apresentar problemas e por dias impossibilitar de enviar e-mails ou sequer pode conectar-se à rede.

83 Como bem destaca a ementa: “Consumidor. Recurso Especial. Publicidade. Oferta. Princípio da vinculação. Obrigação do fornecedor. *O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado. Se o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu que os imóveis comercializados seriam financiados pela Caixa Econômica Federal, submete-se a assinatura do contrato de compra e venda nos exatos termos da oferta apresentada*”. Recurso Especial 341405 – DF. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJ 28.04.2003.

84 Assim: MARQUES, Cláudia Lima. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito...* Op. cit., p. 188.

proposta irrevogável. Basta fazer uso da chamada contraproposta, ou seja, apresentar sua aceitação com modificações, adições ou restrições à manifestação ou à declaração recebida.⁸⁵

Quando o provável oblato não aceita a proposta em sua totalidade, manifestando sua vontade no intuito de modificar, adicionar ou subtrair elementos da oferta original, os polos invertem-se, passando o ofertante original à situação de destinatário da nova proposta.⁸⁶ A afirmação que surge, portanto, é que a proposta mais recente proporciona a formação do contrato.⁸⁷ É de extrema importância, todavia, o exame do conteúdo das adições, modificações ou restrições, pois tem de ocorrer alteração substancial nas condições da proposta ou oferta.⁸⁸

Tanto a doutrina⁸⁹ como a jurisprudência⁹⁰ são claras no en-

85 Assim menciona o art. 431 do Código Civil Brasileiro: “Art. 431. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta”.

86 Pontes de Miranda considera que: “Os figurantes só se vinculam quando a conclusão se opera e a conclusão tem de ser no tocante a pontos sobre os quais houve acôrdo final, ou acôrds parciais insubstituídos (= acôrds parciais + acôrdo último que integra os acôrds). Se não houve acôrdo total, ou sobre o conteúdo total de alguma das ofertas posteriores, não houve conclusão de negócio jurídico bilateral. Houve tentativas, que falharam: as negociações não entraram no mundo jurídico”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 26-27.

87 “Nesta fórmula esteroptipada de formação sucessiva do acordo contratual, a proposta e a aceitação podem não ser a primeira e a segunda, mas são certamente a penúltima e a última das declarações contratuais eficazes.” ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Op. cit., p. 57.

88 Nessas situações, surge a necessidade de interpretação dos casos em concreto, pois não há no ordenamento brasileiro regra específica capaz de determinar quando verdadeiramente pode considerar-se presente uma contraproposta, não estão estabelecidos critérios bem caracterizados, diferentemente do que se pode verificar em regulamentação internacional, como na Convenção das Nações Unidas sobre Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, que estabelece em seu art. 19 regra delimitando o efetivo sentido da contraproposta, considerando que, para estar configurada, necessário que haja a efetiva alteração, salvo se o proponente objetar verbalmente as diferenças ou advertir a respeito delas, pois “são consideradas alterações substanciais das condições da oferta as adições ou diferenças relativas, em particular, a preço, pagamento, qualidade e quantidade das mercadorias, lugar e momento da entrega, extensão da responsabilidade de um contraente perante o outro, e solução de controvérsias”. FONSECA, Patrícia Bezerra de M. Galinda da. Formação do Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 114, abr./jun. 1999, p. 154.

89 CUNHA, Daniela Moura Ferreira. Op. cit., 2006, p. 98.

90 “AR – Civil – Locação – Adjucação Compulsória – Oferta – Recusa – Recebida a proposta, formulação contra-proposta, juridicamente, equivale à recusa”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n 54.180-0/SC, Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 27/09/94.

tendimento que a contraproposta gera como consequência o surgimento de uma nova proposta, através da alteração dos polos subjetivos, passando o peticitante de titular da proposta para receptor, assim como o aceitante em tal caso torna-se o emitente.

No âmbito da legislação consumerista, tendo em vista existir a presunção de que a oferta sempre será dirigida pelo fornecedor ao consumidor, é sem importância a análise da contraproposta, pois a regulamentação consumerista, ao visar à proteção do consumidor, não se preocupou com a possibilidade de modificações, alterações ou adições na oferta de consumo, visto que sempre continua o fornecedor responsável pelo cumprimento da oferta apresentada, seja ela a original ou uma nova oferta.

Sendo assim, permanece a regra a irrevogabilidade da oferta de consumo, salvo se existir um prazo para a validade desta, ou a vinculação dela a determinadas condições, como, por exemplo, a quantidade de produtos no estoque.⁹¹

Não há sequer possibilidade de retratação por parte do fornecedor⁹², ficando ele adstrito ao consumidor, à semelhança do previsto no art. 856 do Código Civil Brasileiro⁹³, quando regula a promessa de recompensa com prazo de execução da tarefa⁹⁴, diferentemente do que se encontra quando da regulamentação da oferta pública trazida expressamente pelo diploma civil no art. 429, ao autorizar

91 Refere Cláudia Lima Marques que a oferta não é ilimitável, destacando que o anunciante tem todo o poder e direito de limitar a eficácia temporal, quantitativa e geográfica do anúncio, desde que o faça antes da sua veiculação. MARQUES, Cláudia Lima. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito...* Op. cit., p. 188.

92 Podendo a parte credora escolher entre o próprio cumprimento específico ou alternativo da obrigação, ou perdas e danos pelo interesse positivo. Assim: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Responsabilidade Civil por Quebra da Promessa*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 150-151.

93 Reza o art. 856 que, “antes de prestado o serviço ou preenchida a condição, pode o promitente revogar a promessa, contanto que o faça com a mesma publicidade; se houver assinado prazo à execução da tarefa, entender-se-á que renuncia o árbitro de retirar durante ele, a oferta”. Ainda, o Código Civil inclui no art. 1, parágrafo único de conteúdo bastante importante, estipulando que “o candidato de boa-fé, que houver feito despesas, terá direito a reembolso”.

94 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Responsabilidade...* Op. cit., p. 130.

em seu parágrafo único a revogação⁹⁵, desde que tal direito conste expressamente junto à oferta. No momento em que há a inclusão de tal direito de revogar, passa a ser permitido o direito de retratação, e assim não se poderá falar em confiança despertada e frustrada no caso de ser exercida a revogação conforme autoriza o texto legal.

Conclusão

No mundo atual em que as mensagens são transmitidas com tanta celeridade, em que as distâncias parecem ter sido reduzidas, é indiscutível a necessidade do direito acompanhar tais mudanças. Foi atento a isso que o legislador e os doutrinadores brasileiros buscaram analisar atentamente a fase da proposta e da oferta contratual, no intuito de determinar regras que se coadunassem com a realidade social em que vivemos, e até mesmo buscando acompanhar as alterações tecnológicas que ocorrem a todo momento.

Assim, na atualidade, mesmo inexistindo disciplina legal expressa tratando sobre a formação do contrato através de meios automatizados, há no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor regras que expõem solução para estas questões.

É importante, portanto, a análise dos sujeitos envolvidos na relação negocial, para ser possível identificar o diploma legislativo aplicável e se, portanto, aplicam-se as regras da oferta de consumo ou as regras da proposta ou da oferta pública, afinal, cada uma das legislações traz regras próprias, efeitos próprios. Fazendo-se a análise pelo prisma da relação posta, não haverá dúvidas na solução a ser dada, ou seja, se será um caso de obrigatoriedade de cumprimento

95 “Art. 429 [...]

Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.”

sob pena de inadimplemento negocial, ou se será hipótese de simples descumprimento de negócio vinculante, posto na fase exclusivamente pré-contratual, capaz, portanto, de gerar perdas e danos.

Os novos mecanismos de contratação, denominados automatizados, exigem um acompanhamento dos ordenamentos jurídicos para não existirem espaços sem solução. Assim, as respostas devem ser buscadas dentro do que o sistema oferece, sendo que, no caso da oferta automatizada, o ordenamento jurídico brasileiro acaba por oferecer regulamentação suficiente para solução das tantas situações hoje vislumbradas na prática jurídica.

Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Conceito de publicidade. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 349, out. Lisboa, 1985, p. 129-132.

_____. *Contratos I: conceito, fontes, formação*. Coimbra: Almedina, 2000.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ASSIS, Araken. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Retratação: aspectos de direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 88, 1993, p. 329-369.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

_____. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 90, 1995, p. 121-132.

BALBINOT, Rachele Amália Agostini. O Marketing: formas incitativas de consumo, publicidade e promoção de vendas. *Revista Jurídica*, Curitiba, Faculdade Novo Ateneu de Guarapuava, v. 1, n. 2, 2001, p. 71-86.

- BENJAMIN, Antonio Hermann de Vasconcelos. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- BESSONE, Darcy. *Do Contrato – teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- COELHO, Fábio Ulhôa. Das práticas comerciais. In: OLIVEIRA, Juarez de (coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CUNHA, Daniela Moura Ferreira. *Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Coimbra: Almedina, 2006.
- FERRARI, Franco. A comparative overview on offer and acceptance *inter absentes*. *Boston University International Law Journal*, v. 10, n. 2, fall 1992, p. 171-201.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.
- FONSECA, Patrícia Bezerra de M. Galindo da. Formação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 114, abr./jul. 1999, p. 146-160.
- GLANZ, Semy. Internet e Contrato Eletrônico. *Revista dos Tribunais*, v. 757, nov. 1998, p. 70-75.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*, em comentário ao Código Civil Português. v. 4, t. 1., 2. ed. Anotado por Brasil R. Barbosa. São Paulo: Max Limonad, 1958.
- GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Responsabilidade civil por quebra da promessa*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
- JORGE, Fernando Pessoa. A formação do contrato à face do novo Código Civil Português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 71, n. 249, jan./mar. 1975, p. 56-65.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil – Teoria General de las Obligaciones*. Tomo II, v. I. Revisado y completado por André Brun. Trad. Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, 1950.
- KROETZ, Maria Cândido do Amaral. *A representação voluntária no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LORENZETI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito & Internet – aspectos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos Eletrônicos Via Internet: Problemas relativos à sua formação e execução. *Revista dos Tribunais*, v. 776, jun. 2000, p. 93-106.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Elsa Dias. *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacional privatista*. Coimbra: Almedina, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. A aurora na formação dos contratos: a oferta e a aceitação do clássico ao pós-moderno. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 15, jul./set. 2003, p. 242 -270.

OPPO, Giorgio. Desumanizzazione del Contratto? *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 5, set./ ott. 1998.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Comércio Eletrónico na Sociedade da Informação: da segurança técnica à confiança jurídica*. Coimbra: Almedina, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v. 38. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Tomo II. São Paulo: Bookseller, 2000.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. *Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

SANTOS, Manoel M. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico – contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 36, out./dez. 2000, p. 105-129.

WEINGARTEN, Célia. *La confianza en el sistema jurídico: contratos y derecho de daños*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.



SISTEMA PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICO: reflexos de sua proposição junto ao projeto de Código de Processo Penal

MAURO FONSECA ANDRADE^{1º}

Introdução

Entre os vários méritos presentes no projeto de novo Código de Processo Penal (doravante, CPP) – ainda em trâmite junto ao Congresso Nacional –, está a previsão de que nosso processo adotará *estrutura acusatória*, pondo fim, com isso, a uma antiga controvérsia quanto à identificação de qual sistema de processo penal é adotado em nosso país.

Apesar desse importante passo dado em sede legislativa, recentemente, um setor de nossa doutrina propôs o afastamento do sistema acusatório como sendo aquele que deve reger nosso processo penal em sua totalidade. Em seu lugar, sustenta-se que de-

1 Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona, Espanha. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Promotor de Justiça/RS. E-mail: mauro.fonsecaandrade@gmail.com.

veríamos adotar o que se denominou *sistema processual penal democrático*, por considerá-lo mais evoluído tecnicamente que aquele primeiro.

Embora essa posição doutrinária tenha se limitado a tal proposição, e não tenha indicado a necessidade de qualquer alteração no projeto de novo CPP, os reflexos que dela derivam são óbvios. Basta lembrarmos que a identidade sistêmica, proposta pelo projeto, é apontada, nada mais, nada menos, como sua coluna vertebral.

Por essa razão, o presente ensaio está voltado à análise dos pressupostos utilizados pelo segmento doutrinário proponente dessa mudança sistêmica, para que possamos responder a uma questão muito simples: há necessidade de alteração do pilar central do projeto de novo CPP, com sua consequente revisão geral, caso se adote o pretendido *sistema processual penal democrático*?

1 O Projeto de Código de Processo Penal e sua opção sistêmica

Nossa Constituição Federal já contava com quase duas décadas, tempo suficiente para que conhecidos institutos sofressem uma grande modificação em seus significados, abrangência e limites, tudo por obra de importante trabalho desenvolvido pela doutrina e jurisprudência. Mesmo assim, nosso CPP insistia em se manter íntegro à estrutura planejada em sua origem.

Reformas pontuais o atingiam tal como golpes certos em seu forte intento de permanecer de pé, deixando patente que o espaço original dedicado a cada capítulo era insuficiente para comportar a gama de alterações, inovações e evoluções que o processo penal

estava a exigir. Nele foram inseridos, então, os artigos seguidos de letras (a, b, c e assim por diante) como último esforço legislativo para que o rio Amazonas coubesse em um copo d'água. Estava escancarada, de vez, a necessidade de um novo CPP.

Atingimos o mês de março de 2008, e o Senado Federal procurou dar um basta à improvisação legislativa. O Requerimento nº 227, apresentado pelo então Senador Renato Casagrande, propôs a nomeação de uma comissão de juristas que seria encarregada, enfim, da apresentação de um projeto de novo CPP. A aprovação do requerimento se deu pelo Ato da Presidência nº 011, de 2008, com a consequente nomeação da comissão de juristas a quem se confiou aquela tarefa, cujo resultado foi imediatamente convertido no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009.

Embora a redação original do projeto tenha sofrido algumas alterações antes de finalizar seu trâmite junto ao Senado Federal, uma previsão em específico nele estabelecida passou incólume por todo o processo percorrido naquela Casa Legislativa, dando ares de pleno acerto em sua inserção naquele texto. Referimo-nos ao seu art. 4º, apontado, por grande parte da doutrina, como a coluna vertebral do projeto, por deixar patente que o processo penal ali desenhado adotaria o sistema acusatório. Diz ele: "O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

Ao assim proceder, o Senado Federal acolheu antiga proposição, no sentido de que a legislação brasileira, a exemplo de Portugal e Itália, deveria prever expressamente sua filiação ao sistema acusatório como forma de dar fim não só às divergências doutrinárias

rias, mas também às contradições presentes em nossos Tribunais Superiores.² Independentemente disso, bem sabemos que, em sede doutrinária, há quem sustente que o Brasil adota o sistema acusatório, o sistema misto e até o sistema inquisitivo. Por outro lado, nossas Cortes Superiores não se cansam de afirmar que a Constituição Federal adotou o sistema acusatório, mas, em igual sentido, não se constroem em dar guarida constitucional a investigações criminais conduzidas por magistrados – algo completamente incompatível com o sistema acusatório. O melhor exemplo disso é a investigação criminal judicial presente na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, em seu art. 33.

Apesar das críticas apresentadas em relação a alguns pontos presentes no projeto, o certo é que um grande passo havia sido dado com aquela previsão. No entanto, todas as certezas em relação a isso foram colocadas em xeque em razão de uma posição doutrinária, recentemente manifestada, que propõe a superação do sistema acusatório como o adequado para reger nosso processo penal. De acordo com essa posição, o Brasil deveria adotar o *sistema processual penal democrático*, o que importaria não só na mera alteração do texto do art. 4º do projeto, senão também na reestruturação de vários pontos nele já assentados.

Consequência disso é que, praticamente, grande parte do trabalho desenvolvido pelo Senado Federal deveria ser refeito em razão dessa readequação sistêmica caso seus postulados forem entendidos como corretos. Importa, assim, conhecê-los um a um, bem como as bases teóricas que dão suporte aos argumentos apresentados.

2 ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em Torno de um Novo Código de Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 61, 2008, p. 116-120.

2 Sistema processual penal democrático e sua configuração

Tradicionalmente, três são os sistemas de processo penal, a lembrar, o acusatório, o inquisitivo e o misto, embora este último, por absoluta ausência de um estudo mais aprofundado por parte da doutrina, não seja aceito de forma unânime no meio científico. Até por falta de espaço físico, não temos, aqui, a pretensão de detalhar cada um deles, mas, desde o direito antigo até os dias atuais, a opção por um desses sistemas sempre respeitou a três critérios de política criminal, quais sejam: a) o grau de eficiência da repressão criminal que se quer implantar; b) o grau de imparcialidade que se quer atribuir aos juízes criminais; e c) o grau de tecnicidade a ser dado à persecução penal de um país para ajustá-la, em maior ou menor medida, aos postulados da ciência processualista em vigor.³

Ao longo de toda a história do processo penal, essa equação nunca produziu resultados imunes a críticas. Ao contrário, seja qual for o sistema processual penal eleito por um país, ele sempre foi alvo de duras críticas em razão das imperfeições – algumas insuperáveis – nele presentes.

Apesar de essa insatisfação dever, em muito, ser reputada à ausência de conhecimento quanto aos elementos que realmente definem um sistema como sendo acusatório, inquisitivo e misto, alguns setores da doutrina – principalmente, a doutrina internacional – sugeriram a superação dos sistemas tradicionais. Nesse sentido, houve quem se posicionasse pelo caráter prescindível dos sistemas processuais penais, que deveriam ser substituídos pela adoção de certos

3 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 450.

princípios e regras em concreto.⁴ Por outro lado, também houve quem propusesse um quarto sistema processual penal, denominado *sistema contraditório*⁵ ou *sistema dispositivo*.⁶

Todas essas proposições careciam do mesmo cuidado técnico, pois o conceito dos sistemas criticados – o acusatório, o inquisitivo e o misto – não se ajustava à forma como eles verdadeiramente haviam sido disciplinados ao longo de toda a história do processo penal. Resultado disso é que as proposições apresentadas, ao final, não passavam de uma reformulação dos sistemas acusatório ou misto, mas com a inserção daqueles elementos que esses autores entendiam mais adequados às suas convicções.

Recentemente, um setor de nossa doutrina retomou o caminho do abandono dos sistemas processuais tradicionais, propondo a adoção de mais um *quarto sistema*. Seria ele o *sistema processual penal democrático*.⁷

De acordo com seu proponente, o fato de estarmos no século XXI e a complexidade das sociedades contemporâneas exigiriam “um constante ajuste e adaptação do Direito e Processo”. Em razão disso, considera que os conceitos atribuídos aos sistemas processuais penais conhecidos seriam equivocados e reducionistas frente à “fenomenologia processual”, problemas em muito atribuídos ao fato de estarem arraigados a “conceitos do século XVIII (e até antes...)”.

4 MOTERO AROCA, Juan. El Principio Acusatorio: Un intento de aclaración conceptual. *Revista Justicia*, Barcelona, n. 4, 1992, p. 777. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 57.

5 CONDE-PUMIDO TOURÓN, Cándido. Nuevas Fórmulas para la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Revista Juris*, n. 56, dez. 2001, p. 22. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. El Principio de Contradicción en el Proceso Penal. *Diario La Ley*, Madrid, a. XXIII, n. 5.474, fev. 2002, p. 2.

6 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de Investigación Criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 12.

7 LOPES JR., Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema *inquisitório x acusatório*. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, a. 21, n. 251, out. 2013, p. 5-6.

Partindo do pressuposto que a doutrina estrangeira haveria abandonado completamente a discussão sobre os sistemas processuais penais, Lopes Jr. invoca literatura portuguesa para afirmar que o processo penal deveria ser pensado a partir de um princípio unificador, que recebe o nome de *princípio da democraticidade*. Por consequência, esse princípio exigiria que o processo penal estivesse estruturado sob as bases do princípio do contraditório, da igualdade entre as partes e da ampla defesa. Além disso, dele também faria parte a necessária imparcialidade do julgador, concebida em razão do afastamento do *juiz-ator*, entendido como aquele que atua de ofício na fase probatória, que decreta prisões cautelares de ofício e que profere condenações sem o pedido prévio do acusador.⁸

Frente a isso, entendemos necessária não só a análise dos argumentos apresentados, senão também de todo o cenário exposto e utilizado pelo proponente daquele novel sistema processual penal. Só assim poderemos nos certificar de sua (in)correção e apontar a (des)necessidade de uma profunda revisão no projeto de novo CPP, atualmente em trâmite em nosso Congresso Nacional.

3 (In)consistência teórico-argumentativa da proposta de um novo sistema processual penal

3.1 Rechaço aos sistemas processuais penais tradicionais

Para que não se criem falsas impressões, desde logo advertimos: não é nossa intenção, aqui, fazer a defesa dos sistemas processuais penais tradicionais. Longe disso! No entanto, a problematização

⁸ LOPEZ JR., Aury. (Re)pensando... Op. cit., p. 5-6.

apresentada pela linha doutrinária proponente do *sistema processual penal democrático* impõe uma averiguação séria de seus postulados, cujo resultado poderá levar justamente à inviabilidade de sua aceitação técnica ou de sua inserção no projeto de CPP.

Feita essa necessária advertência, é possível observar que, antes mesmo da proposição desse novo sistema processual penal, a doutrina nacional já apontava o equívoco cometido por certos autores em defender a superação dos sistemas acusatório e inquisitivo. Como bem esclarece Leonardo Augusto Marinho Marques⁹, antes de sustentarem a inaplicabilidade de tais sistemas aos dias e necessidades de hoje, é preciso que se saiba o que se está rechaçando. Isso somente ocorrerá quando forem delimitados os seus conceitos, a partir de um procedimento criticado por Lopes Jr., ou seja, a busca de informações em fontes sérias e seguras, o que significa dizer que é preciso conhecer o nascimento e desenvolvimento daqueles sistemas ao longo da história.¹⁰

Infelizmente, esse é o primeiro equívoco verificável na linha doutrinária proponente do *sistema processual penal democrático*, pois, ao longo da historiografia de suas publicações, simplesmente não há qualquer estudo mais detalhado sobre os sistemas processuais penais tradicionais, o que leva à temeridade de se rechaçar o que

9 MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Inquisitório versus Acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. *Boletim Informativo IBRASPP*, Porto Alegre, a. 3, n. 4, 2013/1, p. 16-17.

10 Textualmente, diz o autor citado: "A demarcação dos sistemas inquisitório e acusatório, como sistemas de referências, e não como sistemas puros e datados, é fundamental, justamente porque: (a) permite compreender e conscientizar de que é impossível reimplantá-lo em seu formato original; (b) demonstrar que a inquisitorialidade não se reduz a uma prática da Inquisição; (c) revela que a inquisitorialidade esteve presente em países não dominados pela Inquisição; (d) esclarece que a inquisitorialidade não cessou com o fim do medievo; (e) permite visualizar a nova inquisitorialidade, que se inicia no século XIX e se estende pelo século XX; (f) afasta a ilusão de que é possível construir um sistema puro; (g) permite compreender a origem e a evolução do sistema adversarial; (h) evidencia a crise do processo penal da Europa continental, no Pós-Segunda Guerra, na qual continuamos imersos pela influência do anteprojeto de Rocco sobre o nosso Código de Processo Penal. Com base nesses argumentos, insisto: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la". MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Op. cit., p. 17.

não se conhece a fundo. Essa falha técnica se faz sentir na própria mutabilidade dos conceitos de sistema acusatório e inquisitivo que esse setor da doutrina vem apresentando com certa frequência e em curto espaço de tempo. Até 2005, o que importava era a separação das funções de acusar e julgar; a partir deste ano, o que passou a importar foi a (im)possibilidade da atividade probatória *ex officio judicis*¹¹, distinção que também acabou sendo superada recentemente, com a proposta de um quarto sistema processual.¹²

Se a superação dos sistemas tradicionais é apresentada sem conhecê-los a fundo, em um segundo equívoco incide a linha proponente do *sistema processual penal democrático*, ao afirmar que a doutrina estrangeira já teria perdido o interesse na discussão sobre os sistemas acusatório, inquisitivo e misto.¹³ Em uma simples consulta à literatura internacional, o que se observa é justamente o contrário, com uma clara e evidente preocupação voltada ao afastamento dos sistemas inquisitivo e misto, e acolhida integral do sistema acusatório.

Nesse sentido, representando a doutrina espanhola atual, encontramos a lição de Jordi Nieva Fenoll¹⁴, professor Catedrático da Universidade de Barcelona e uma das maiores autoridades europeias em direito processual penal. Na mesma linha vai a opinião da doutrina de base de Lopes Jr., contraditoriamente utilizada como sustentáculo ao rechaço aos sistemas processuais tradicionais.

Referimo-nos a Ricardo Cunha Martins¹⁵, professor da Universidade de Coimbra, ao, também na atualidade, refutar os sistemas inqui-

11 LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 71, nota 8.

12 LOPES JR., Aury. (Re)pensando... Op. cit.

13 LOPES JR., Aury. (Re)pensando... Op. cit., p. 6.

14 NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Edisofer, 2012, p. 18.

15 MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*. The Brazilian Lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 73.

sitivo e misto, mas admitir o sistema acusatório desde que ele apresente a configuração que esse autor entende correta.¹⁶ Mais que isso, esse autor chega a falar em “sistema acusatório de fundo democrático-constitucional”.¹⁷ Aliás, embora não haja apresentado sua definição dos sistemas que critica, nem poderia esse autor pregar algo em sentido contrário, pois ninguém menos que a Constituição de seu próprio país aderiu, de forma expressa, ao sistema acusatório (art. 32, alínea 5).

Enfim, a linha doutrinária proponente de um quarto sistema processual penal se encontra absolutamente isolada, seja no que diz respeito ao rechaço aos sistemas tradicionais (sem que, previamente, haja sobre eles se debruçado de forma séria e profunda), seja por afirmar que, em âmbito internacional, a preocupação com o binômio acusatório-inquisitivo já se encontra superada.

3.2 Sistema processual penal democrático e seu princípio unificador

Se, por um lado, a doutrina de Rui Cunha Martins não autoriza que, a partir dela, proponha-se o rechaço completo aos sistemas tradicionais, por outro, ela é utilizada integralmente como justificativa para a proposição do *sistema processual penal democrático*. Por isso, é importante que sobre ela também nos debrucemos.

O que, em realidade, faz esse autor é vincular o processo penal de um país às exigências de um Estado Democrático de Direito, que,

16 Literalmente: “Dizer ‘democrático’ é dizer o contrário de ‘inquisitivo’, é dizer contrário de ‘misto’ e é dizer mais do que ‘acusatório’. Inquisitivo, o sistema não pode legalmente ser; misto também não se vê como (porque se é misto haverá uma parte, pelo menos, que fere a legalidade; **acusatório, pode ser**, porque se trata de um modelo abarcável pelo arco da legalidade. Mas só o poderá ser à condição: a de que esse modelo se demonstre capaz de protagonizar essa equação”. MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto...* Op. cit., p. 73 (grifo nosso).

17 MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto...* Op. cit., p. 17.

em âmbito processual, estariam atreladas à presença de um princípio unificador, denomina pelo autor *princípio da democraticidade*.¹⁸ O que significa esse princípio, tal autor simplesmente não esclarece na obra invocada por Lopes Jr., dando a impressão de que essa omissão é mais que proposital, ao escondê-la por trás de uma linguagem altamente rebuscada e retórica, de difícil compreensão aos neófitos nesse ramo do conhecimento.¹⁹ Em contrapartida, é muito clara sua aderência à teoria da gestão da prova, que procura fazer a distinção entre os sistemas acusatório e inquisitivo, a partir da (im)possibilidade da atividade probatória *ex officio judicis*.

Se, dentro da *democraticidade*, esse autor insere a necessidade de inércia absoluta do juiz na fase probatória – aderindo, expressamente, aos termos da teoria da gestão da prova –, não podemos omitir o fato de que a forma como tal teoria foi apresentada no Brasil já mereceu análise mais detida por parte da doutrina, ocasião em que se demonstrou seu equívoco, a partir dos próprios textos utilizados como seu fundamento.²⁰ Na ocasião, deixou-se claro que essa teoria foi, por vez primeira, apresentada no Brasil em 1993, mas não recebeu qualquer credibilidade no meio doutrinário. Sua intenção é que os rumos do processo penal estejam centrados na vontade das par-

18 Ibid., p. 72-73.

19 A definição do *princípio da democraticidade* pode ser encontrada em outra obra desse mesmo autor, quando diz: “Este entendimento sistêmico da realidade processual pressupõe, por conseguinte, um elemento ou princípio unificador, que sirva de conector, filtro e limite àquela circularidade. Assim, a eleição para princípio de um valor como ‘democraticidade’ significa, nem mais nem menos, a obrigatoriedade de manter sempre em aberto uma questão a formular a todo e qualquer mecanismo, ou elemento, ou prática seja de que tipo for, desde que atuante na esfera do sistema processual, e que é a seguinte: é este mecanismo, ou elemento, ou prática seja de que tipo for, compatível com o cenário democrático-constitucional regente do próprio sistema em que se insere? Importa poder colocar esta questão em pertinência, pois ela permite aferir a justeza sistêmica da circularidade”. MARTINS, Rui Cunha. *A Hora dos Cadáveres Adiados*. Corrupção, Expectativa e Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.

20 ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da Gestão da Prova: um confronto consigo mesma. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, a. 10, n. 18, p. 141-200, 2008.

tes, afastando completamente a possibilidade de interação judicial, sobretudo na fase probatória.

Como se pode ver, a intenção óbvia da teoria da gestão da prova é retirar o caráter público do processo penal, de forma a impedir que o juiz possa, sequer com caráter subsidiário, formular qualquer pergunta na fase probatória. O resultado final seria o descarte do modelo continental de processo penal, que sempre serviu de base ao processo penal brasileiro, para se adotar o modelo anglo-saxão, no qual a autonomia da vontade é o que rege os seus destinos.

Para que obtivesse credibilidade em âmbito nacional, a base teórica da teoria da gestão da prova foi buscada na doutrina estrangeira, mais especificamente na lição do italiano Franco Cordero, quando equiparou o juiz do sistema inquisitivo a um juiz que apresentaria quadros mentais paranoicos.²¹ Embora assim esse autor não houvesse dito textualmente, a linha de raciocínio apresentada pelos defensores da teoria da gestão da prova é a seguinte: se o juiz do sistema inquisitivo é paranoico e se só o juiz do sistema inquisitivo pode produzir prova de ofício, então, todo juiz que produz prova de ofício é paranoico e, por consequência, vinculado ao sistema inquisitivo.

O erro essencial em que incidem os defensores da teoria da gestão da prova é a falta de fidelidade às palavras do próprio autor que lhes serviu de base. Sem grandes esforços, vemos que ninguém menos que Cordero afirma que “la solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi”.²² Essa é a verdadeira lição pregada por quem é utilizado como doutrina de base pela teoria da gestão da prova; ou seja, para aquele autor, somente quando

21 CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

22 CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 51.

o juiz atuar *sozinho* na fase probatória – sem a participação das partes – e *não submeter* a prova ao contraditório, é que o juiz será considerado inquisidor e paranoico. Aliás, ninguém menos que Luigi Ferrajoli adota esta mesma opinião à hora de definir o que seria um sistema inquisitivo, centrando-o na atuação exclusiva do juiz na fase probatória.²³

Para que não se diga que aquela definição de juiz inquisidor já se encontra superada por Cordero, em outra obra mais recente ele volta à carga contra esse modelo de julgador, ratificando sua vinculação aos tais *quadros mentais paranoicos*. A novidade, no entanto, foi haver deixado clara sua completa inconformidade com os postulados da teoria da gestão da prova. A um só tempo, não só confirmou a vinculação do processo penal italiano ao sistema acusatório²⁴, como também defendeu a presença e manutenção de poderes instrutórios ao juiz criminal, por considerá-los *necessários* às exigências de um processo penal marcado pela prevalência do interesse público.²⁵

Como se pode ver, a teoria da gestão da prova é algo completamente artificial, criada a partir de premissas incorretas. E, se o *princípio da democraticidade* – erigido à condição de princípio unificador do *sistema processual penal democrático* – nada mais é que uma forma de inserção forçada e disfarçada daquela teoria junto aos postulados do Estado Democrático de Direito, então, sua imprestabilidade, para fins eminentemente científicos, é mais que evidente, frente à completa ausência de suporte doutrinário que a respalde.

23 “Llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de defensa.” FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoría del Garantismo Penal. 5. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillo Basoco, Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2001, p. 565.

24 CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. 5 ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 100-101.

25 CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 602.

3.3 Elementos configuradores desse quarto sistema

Ainda que a *democraticidade* – apontada como princípio unificador do *sistema processual penal democrático* – tenha sido definida como algo vago e não vinculada a um instituto ou princípio processual em específico, Lopes Jr. a ela confere outro significado, muito mais amplo que o primeiro. Assim, o processo penal representativo daquele quarto sistema deveria estar estruturado a partir dos princípios do contraditório, da igualdade, da ampla defesa e da imparcialidade do julgador. Quanto a esta última, ela seria alcançada com o afastamento do *juiz-ator*, que, na sua visão, diria respeito ao juiz que atua de ofício na fase probatória, que decreta prisões cautelares de ofício e que profere condenações sem o pedido prévio do acusador.²⁶

Pois bem; antes da abordagem de tais argumentos, uma nova advertência se faz necessária: não é nossa intenção fazer, aqui, uma análise profunda sobre cada um daqueles elementos. Essa tarefa já foi feita em locais mais apropriados, para onde remetemos o leitor.²⁷ Nossa intenção, nesse momento, é simplesmente demonstrar o equívoco no apontamento daqueles elementos como configuradores do *sistema processual penal democrático*.

Quanto ao contraditório, ampla defesa e igualdade entre as partes, tais elementos decorrem da simples previsão de nossa Constituição, pouco importando a opção democrática feita por ela. Ou seja, ainda que estivéssemos em uma ditadura, eles deveriam estar

26 LOPES JR., Aury. (Re)pensando... Op. cit., p. 5-6.

27 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013. ANDRADE, Mauro Fonseca. *Processo Penal e Democracia*. In: MACHADO, Bruno Amaral (coord.). *Justicia Criminal y Democracia*. Madrid/São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 145-182.

presentes no processo penal de nosso país, sem a mais mínima possibilidade de seu afastamento puro e simples, ao alvedrio do julgador ou do legislador ordinário.

Por certo que tal afirmação pode ser antipática aos olhos e ouvidos de hoje, mas não podemos fechar os olhos para a história de nosso próprio processo penal, escolhendo informar o leitor naquilo que nos serve, e dele omitindo aquelas informações que não nos serve. Esse, definitivamente, não é o modelo de linha acadêmica que seguimos.

Se fizermos uma breve visita à Constituição Federal de 1967, com facilidade veremos que aqueles mesmos institutos também ali estavam presentes, embora sabidamente ela não fosse simpática, por assim dizer, ao regime democrático – a realidade era justamente outra. Em seu art. 150, encontraremos expressamente previstos o princípio da igualdade (§ 1º), a ampla defesa (§ 15) e o princípio do contraditório (§ 16). Já, quando da Emenda Constitucional de 1969, tais elementos foram mantidos no texto constitucional, mas em seu art. 153.

Com esse simples dado objetivo e histórico, o que queremos deixar claro é que, no que diz respeito ao contraditório, ampla defesa e igualdade, deverão eles estar presentes em toda e qualquer manifestação processual penal de nosso país, em lugar de alguma vinculação à democracia ou ao Estado Democrático de Direito. Eles deverão estar presentes pura e simplesmente porque a Constituição Federal em vigor assim o determina.

Quanto ao princípio da imparcialidade, ele comportaria três ordens de proibição: a) atividade probatória *ex officio judicis*; b) condenação criminal sem pedido prévio realizado pelo acusador; e c) decreto de medidas cautelares de ofício.

Em relação à proibição da atividade probatória de ofício, esta é uma antiga bandeira defendida por Lopes Jr., mas sob a invocação da teoria da gestão da prova. Ainda que já tenhamos feito referência às incorreções técnicas dessa teoria, o que importa agora referir é que esse autor sempre a utilizou, ao longo da última década, como marco diferencial entre os sistemas acusatório e inquisitivo.²⁸ Portanto, a vinculação da inércia judicial probatória ao seu *sistema processual penal democrático* outra coisa não é que o abandono da invocação de uma teoria que não foi acolhida pelos Tribunais Superiores e pelo legislador e a sua reapresentação no meio doutrinário nacional, mas sob o argumento da vinculação à democracia. Buscou-se, assim, a vinculação a uma palavra mais simpática que auxiliasse na sua aprovação e acolhida aos olhos dos incautos.²⁹

A mesma estratégia foi seguida em relação à vinculação da proibição de condenação criminal quando houver pedido de absolvição por parte do acusador, nos processos em que o crime for de ação penal pública. De longa data, aquele autor vinculava – equivocadamente – tal proibição à perda do objeto do processo³⁰, com seu

28 LOPES JR., Aury. *Sistemas...* Op. cit., p. 71, nota 8. LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar*. In: *Propostas para um novo modelo de persecução penal: combate à impunidade*. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídica; Centro de Estudos Judiciários: Brasília: CJF, 2005b. Série Cadernos do CJF, nº 25, p. 80.

29 Uma segunda *repaginação* dada à teoria da gestão da prova se verifica na própria justificativa dada por Lopes Jr., quando trata da necessidade de criação de seu *sistema processual penal democrático*. Nas suas palavras, “o problema é que estamos no século XXI e a complexidade das sociedades exige um ajuste e adaptação dos Direito e do Processo” (LOPES JR., Aury. (Re)pensando... Op. cit., p. 5). Contudo, a teoria da gestão da prova nada tem a ver com a tal *complexidade* das sociedades do século XXI. Sua base doutrinária – ainda que não corresponda ao texto original invocado – foi apresentada à sociedade italiana da década de 80 do século passado (a obra de Franco Cordero é de 1986), e sua defesa em nosso país se deu perante a sociedade brasileira do início da década de 90 do século passado (1993). Em outros termos, a teoria da gestão da prova é representativa de uma ideologia surgida no último quarto do século XX, não havendo qualquer possibilidade de configurar uma *resposta inovadora* às necessidades das sociedades do século XXI.

30 LOPES JR., Aury. (Re)Discutindo o Objeto do Processo com Jaime Guasp e James Goldschmidt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 39, p. 103-124, jul./set. 2002, p. 39.

atrelamento obrigatório ao sistema acusatório.³¹ O que temos, então, é um elemento que sempre esteve vinculado à definição do sistema acusatório, agora repaginado para ser novamente apresentado no meio doutrinário, mas como integrante de um quarto sistema.

No que diz respeito à terceira proibição – atinente às cautelares de ofício –, ela segue a mesma lógica dos elementos anteriores, tendo sido apontada recentemente como uma necessidade do sistema acusatório.³² Mas, na questão de fundo, o argumento diz menos do que deveria.

Não estamos a pregar, aqui, que o juiz deva decretar medidas cautelares *ex officio* ao longo de toda a persecução penal. Na nossa forma de ver, o magistrado deve estar impedido de ordenar, sem provocação de terceiros, toda e qualquer medida na fase de investigação, a menos, é claro, que ele seja o condutor dessa mesma investigação. Em outros termos, desde que a investigação criminal seja presidida pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, a imposição judicial de medidas cautelares somente poderá ocorrer mediante provocação de um terceiro, seja ele o Ministério Público ou o defensor do sujeito investigado ou preso em flagrante. Já, na fase judicial, por ser o juiz o presidente do processo, não haveria qualquer obstáculo à imposição dessas cautelares, já que o conhecimento sobre a necessidade de sua imposição não é fruto da quebra da imparcialidade do julgador, decorrendo, isso sim, do material informativo que lhe é levado pelas partes e, eventualmente, pela vítima e testemunhas.

A omissão argumentativa a que fizemos referência reside no fato de aquela proibição somente estar endereçada às cautelares que venham a ferir os interesses do sujeito passivo da persecução penal.

31 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 1096.

32 LOPES JR., Aury. *Direito...* Op. cit., p. 122.

Em nenhum momento é referido que essa impossibilidade também deva atingir aquelas cautelares que venham a beneficiar o investigado ou o acusado. Nesse sentido, fácil é lembrar a própria substituição do encarceramento preventivo por outra medida cautelar diversa da prisão.

O argumento comumente apresentado para justificar essa substituição de ofício é o *ius libertatis* do investigado ou acusado, mas este direito está vinculado não só à possibilidade de ocorrer essa substituição, senão também à satisfação dos requisitos próprios para que ela venha a ocorrer. Em outros termos, a substituição de uma medida cautelar pessoal privativa da liberdade por outra diversa da prisão só pode ocorrer no momento em que não há mais motivos para que aquela privação se justifique, o que nos conduz, então, à necessária vinculação do juiz ao princípio da legalidade. A diferença é que, se for para beneficiar ao sujeito passivo, a obediência à legalidade deve ocorrer de ofício, ao passo que, se for para beneficiar a sociedade, esta mesma legalidade só será observada se provocada por um terceiro.

Deparamo-nos, portanto, com a mais pura falácia na tentativa de configuração da proibição das medidas cautelares *ex officio*, como elemento determinante para a existência do *sistema processual penal democrático*. A *democraticidade* pretendida com essa inércia judicial somente atinge a um sujeito específico envolvido na persecução penal, sobrando ao seu adversário ter que se submeter a um juiz com a mais plena liberdade para conceder qualquer medida cautelar sem a provocação prévia do sujeito passivo da persecução penal ou do seu defensor.

Ao final das contas, os elementos apresentados como necessários para a configuração do *sistema processual penal democrático*

podem ser classificados em dois grupos: um primeiro, formado pelos princípios do contraditório, ampla defesa e igualdade, que nada mais são que decorrência direta do que diz a Constituição Federal, devendo ser aplicados seja lá qual for o sistema processual penal adotado no país; um segundo, no qual aparece aquela série de pretendidas proibições que deveriam atingir o juiz, outra coisa não é que a junção de diversas situações sempre apontadas como representativas do sistema acusatório, mas agora vinculadas ao selo da *democraticidade*.

Mais claramente, o sistema processual penal democrático nada mais é que o próprio sistema acusatório com a configuração sempre defendida por Lopes Jr., o que põe por terra, assim, toda sua crítica voltada à subsistência do estudo dos sistemas processuais penais tradicionais, por ser, nas suas palavras, *equivocado e reducionista*.³³

4 Processo penal democrático: o que é isso?

O processo penal brasileiro está vivendo um momento de profunda instabilidade, que atinge a totalidade de seus institutos. Fontes primárias já não servem para grande coisa, frente a uma nova realidade que vem *patrolando* aqueles que lidam com dados objetivos para demonstrar a correção de seus postulados. Agora, o que importa é o *argumento*, e o peso desse mesmo argumento, em regra, está vinculado ao nome que o sustenta, por utilizar seu prestígio para atingir um simples *convencimento*.

O que se ganha com isso? Ora, o fim que o defensor/proponente do argumento pretenda alcançar, seja ele econômico ou por

33 LOPES JR., Aury. (Re)pensando... Op. cit., p. 5.

pura vaidade. Esse é o motivo pelo qual, hoje em dia, vemos tanto desprezo às fontes históricas e aos dados objetivos no estudo do processo penal. A utilização de ambos simplesmente esvazia todo e qualquer argumento que procure dar, a determinado instituto, uma característica, uma definição ou uma limitação que ele jamais apresentou ao longo de toda sua existência. Em última análise, há um estímulo, em conhecidos meios acadêmicos, ao desprezo daquilo que não corrobora o tal *argumento*. Sob essa perspectiva, a história é inimiga.

Um bom exemplo disso foi a má utilização da teoria do *garantismo penal*, tendo vários autores nacionais nela inserido o que iam contra o seu conteúdo. Luigi Ferrajoli se viu obrigado a vir ao Brasil afirmar que o que atribuíam à sua obra (*Diritto e Ragione. Teoria Del Garantismo Penale*) jamais havia sido nela dito. Foi assim que a bandeira do *garantismo* acabou sendo abandonada.

Em sua substituição, veio a bandeira do *constitucionalismo*, quando os antigos *garantistas* passaram a se autoproclamar *constitucionalistas*. No entanto, essa nova identificação poderia passar a impressão que seus postulados derivavam do que expressamente estava previsto na Constituição Federal, e a fragilidade de seus argumentos poderia ficar ainda mais patente, caso não houvesse uma perfeita correspondência entre o texto daquela e as ideias que essa linha doutrinária professava.

Veio, então, o argumento de defesa da democracia ou do Estado Democrático de Direito, verificando-se, de uma vez por todas, uma plena liberdade argumentativa para que, sob a invocação dessa defesa, qualquer proposição fosse apresentada, sem que houvesse o risco de ser desmentida. Ao fim e ao cabo, *democracia* e *Estado*

Democrático de Direito passaram a significar o que cada autor deseje que signifique, podendo ser *protegidos* de acordo com as *intenções* de cada autor.

No que diz respeito à invocação da democracia como argumento voltado à preservação de determinados interesses em sede de processo penal, esse não é um procedimento inaugurado nos dias de hoje. Ao contrário, ele se mostra nada autêntico, não passando de uma cópia mal feita do que já tivemos em tempos pretéritos.

Quem não vê a história do processo penal como inimiga bem sabe que, no direito antigo, a invocação da democracia era um argumento muito comum no meio judicial daquela época. Considerado um dos autores mais premiados de sua época, Aristófanes não poupou suas letras para descrever essa prática perversa existente nos tribunais atenienses, o que pode ser facilmente constatado em, ao menos, duas de suas peças.

Em *Pluto* – ou *A Riqueza* –, surge em cena um *sicofanta*, que nada mais era que um acusador profissional da época, invocando a necessária proteção à democracia como argumento para acusar um terceiro e alcançar sua condenação.³⁴ Esse acusador profissional era muito mal visto em seu meio social, pois se caracterizava por utilizar de todos os artifícios possíveis para acusar alguém, visto que seu intento era pura e simplesmente obter ganhos financeiros com sua atuação. Melhor explicando o que se passava nos tribunais e práticas processuais daquela época, Américo da Costa Ramalho esclarece que “cada um chamava democracia àquilo que mais lhe convinha. E aos que pensavam de modo diferente acusava-os de conspirarem contra

34 ARISTÓFANES. *Pluto* (A Riqueza). 945-950. Trad. Américo da Costa Ramalho. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 66.

a democracia".³⁵ O mesmo ocorre em outra peça – *Os Acarnienses* –, na qual a invocação à democracia volta a ocorrer como simples argumento retórico voltado ao convencimento de terceiros.³⁶

Não foi outra a realidade presente no mundo romano, segundo nos deixou saber Marco Túlio Cícero, maior orador do período republicano. Em seu discurso *Catilinárias*³⁷, ele aponta a incongruência existente em relação a cidadãos influentes que se intitulavam democratas, mas eram adeptos ou defensores de certas práticas e opiniões francamente incompatíveis com a noção de democracia. Sua crítica, no final das contas, dirigia-se à má utilização da democracia e de seus valores como um rótulo disputado no meio social, ainda que a postura de quem o invocasse estivesse claramente apontando para outra vertente política.

É nesse contexto que se inserem o *princípio da democraticidade* e o *sistema processual penal democrático*.

Quanto ao primeiro, ele representa uma nova investida, realizada por um setor doutrinário muito específico, em ver a teoria da gestão da prova acolhida em nosso país, apesar da artificialidade de sua base doutrinária e de nossos Tribunais Superiores já a haverem refutado.³⁸ Quanto ao segundo, além de também invocar a teoria da gestão da prova como elemento obrigatório para a existência do *sistema processual penal democrático*, ele é formado por elementos que, ao longo de toda a historiografia de seu proponente, sempre estiveram vinculados ao sistema acusatório.

35 RAMALHO, Américo da Costa. Notas. In: ARISTÓFANES. *Pluto...* Op. cit., p. 89-90.

36 ARISTÓFANES. *Los Acarnienses*. 615-640. In: *Comedias*. Coleção Los clásicos de Grecia y Roma. v. 20. Trad. Luis Gil Fernández. Madrid: Gredos, 2000, p. 74-75.

37 CICERÓN, Marco Tulio. *Catilinarias*. Cuarta Catilinaria, v. 10. Trad. María Casilda Gutiérrez de Albeniz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 70.

38 STF, HC 109.713, 1ª Turma, rela. Mina. Rosa Weber, j. em 19-02-2013. STJ, HC 192.410-MS, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 18-03-2012. STJ, HC 176.424-MS, 6ª Turma, rela. Mina. Assusete Magalhães, DJe 01-02-2013.

Essa é a demonstração mais cabal de que as proposições desse princípio e do novel sistema não passam de uma simples troca de vestimenta em temas já superados e proposições já refutadas pela doutrina, tribunais e legisladores nacionais. A intenção é dúcplice: a) retirar do processo penal seu caráter público, deixando o juiz refém do interesse das partes em crimes de ação penal pública; e b) utilizar-se, para o alcance deste primeiro intento, do argumento da democracia ou preservação do Estado Democrático de Direito, como forma de encontrar alguma facilidade em ver aquelas proposições aceitas, primeiramente, por nossos Tribunais Superiores, e, ao depois, por nossos legisladores, com a incorporação definitiva do espírito privado em nosso CPP.

Mesmo assim, uma característica está sempre presente na *democraticidade*, justificadora daquele princípio e elemento fundante do novel sistema: é a completa exclusão de um dos sujeitos do processo – o seja, o juiz criminal – em relação aos seus destinos. Surge, portanto, a necessidade de respondermos a uma pergunta muito simples: o que significa, então, *processo democrático*?

Etimologicamente, a palavra democracia (*demos* = povo; *kratos* = poder) remete à participação popular na tomada de decisões que venham a afetar todos os integrantes de uma sociedade. Embora esta seja uma definição mais que rudimentar, outra definição de democracia também aparece junto à cultura que cunhou essa palavra e lhe deu a máxima aplicabilidade até hoje conhecida. Poderia ela, de igual forma, significar o necessário respeito às normas validamente estabelecidas.³⁹

Em uma perspectivamente mais *caseira*, nossa Constituição Federal erigiu o Brasil à condição de Estado Democrático de Direito, também apontando, já em seu Preâmbulo, quais direitos e valores devem

39 ARISTÓFANES. *La Asamblea de las Mujeres*. 940-945. Trad. José Javier Viana. Madrid: Ediciones Clásicas, 2011, p. 49.

fazer parte dele.⁴⁰ Como lá se observa facilmente, não há nenhuma relação de hierarquia ou prioridade entre os direitos individuais e os direitos sociais, e entre o direito à liberdade e o direito à segurança.

Por si só, o Preâmbulo da Constituição Federal já afasta a possibilidade de se alcançar a privatização do processo penal, o que ocorreria com a suposta acolhida do *princípio da democraticidade* ou do *sistema processual penal democrático*. Mantido o caráter público do processo penal, a participação do juiz – não como mero espectador – passa a ser entendida como obrigatória, embora revestida de certos limites destinados a proteger sua imparcialidade. É exatamente o que ocorre em países como Itália, Alemanha, Portugal e Espanha, mas sem os traumas exagerados verificados no Brasil.

Sob essa perspectiva, o direito processual civil dá mais uma mostra do motivo pelo qual ainda se encontra mais evoluído que o direito processual penal. Enquanto setores da doutrina processual penal insistem em procurar configurar o juiz criminal como um sujeito completamente inerte, a doutrina processual civil construiu a noção de colaboração das partes com o juiz. Não por outro motivo, em estudo dirigido à conceituação do que seria um *processo democrático*, Motta e Hommerding deixam claro que “o estabelecimento de focos de centralidade (seja nas partes, seja no juiz) não se adapta ao perfil democrático dos Estados da alta modernidade”.⁴¹

40 Diz a Constituição Federal, em seu Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

41 MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013, p. 201.

Transportando essa exigência para o processo penal de matriz democrática, é certo que, até mesmo por imperativo constitucional, ele deve estar pautado pelas garantias e direitos individuais presentes em nossa Carta Maior. Com isso, ampla defesa, contraditório, devido processo legal, entre outros⁴² devem estar presentes em sua configuração, assim como a possibilidade de interação judicial, respeitados os limites protetivos de sua imparcialidade.

Se houver centralidade nas partes, o que teremos é um processo penal de estrutura acusatória privatista, algo refutado pela Constituição Federal, por atentar contra o direito à segurança. Se houver centralidade no juiz, o que teremos é um processo penal de estrutura inquisitiva – tal como já referido por Cordero e Ferrajoli –, que também sofreria a mácula da inconstitucionalidade.

5 A manutenção do sistema acusatório e seu aperfeiçoamento no projeto de novo CPP

A análise feita em relação à base argumentativa do *sistema processual penal democrático* nos permitiu observar que ele não possui qualquer condição de ser entendido como um quarto sistema de processo penal.

Como a *democraticidade*, erigida à condição de seu princípio unificador, outra coisa não é que uma forma de revestir a teoria da gestão da prova com uma vestimenta principiológica; estamos diante, isto sim, de um típico sistema acusatório, mas regido sob um ideal privatista. E, sendo este ideal avesso ao que a doutrina aponta como uma das características do *processo democrático*, simples-

42 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.

mente não há como, sob pena de desrespeito aos ditames constitucionais, o sistema acusatório privatista – ou, no caso específico, o *sistema processual penal democrático* – ser acolhido por nosso legislador.

O desenvolvimento de nosso estudo permite concluir, então, que não há qualquer necessidade de o legislador alterar o conteúdo do art. 4º do projeto de novo CPP, para dele retirar sua vinculação ao sistema acusatório. Respondida, assim, a pergunta que motivou esse estudo. Isso não quer dizer, no entanto, que a atual redação do art. 4º do projeto mereça permanecer como está. Expliquemos melhor.

Ao defendermos a manutenção da redação do artigo citado, referimo-nos à sua vinculação sistêmica, quando ele diz que “o processo penal terá estrutura acusatória [...]”. Até este ponto, está impecável sua redação. Entretanto, a exemplo do que já alertamos a seu tempo⁴³, seguimos defendendo a necessidade de alteração da segunda parte daquele dispositivo, quando prevê a possibilidade de atividade probatória *ex officio judicis*, desde que ela venha a favorecer somente o réu.

O juiz concebido pelo projeto de novo CPP materializa a figura do *juiz-defensor*, que é absolutamente incompatível com o sistema acusatório por ser um juiz que deve estar atento às omissões da defesa técnica e supri-las na condição de um advogado de plantão. Em suma, o que o projeto fez foi criar um juiz parcial pró-réu, o que leva à descaracterização daquele julgador como verdadeiro magistrado por não apresentar seu requisito primeiro: a imparcialidade que deve estar presente em todo integrante do Poder Judiciário.

43 ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 173-179.

Essa inconformidade não é fruto apenas de nossa opinião sobre tal modelo de magistrado. Ao contrário – e contraditoriamente –, o modelo de juiz proposto pelo projeto simplesmente nunca se viu presente em qualquer processo representativo do sistema acusatório, seja qual for o período da história em que este sistema se fez presente. Na verdade, a figura do juiz-defensor só se fez presente – e aqui está a contradição – em processos representativos do sistema inquisitivo, justamente o oposto da proposição contida no projeto.

Para bem documentar tal afirmação, basta uma simples pesquisa junto às regulamentações feitas pela Igreja Católica no período da Inquisição. Entre elas, encontraremos as regulamentações da Inquisição Espanhola, mais especificamente as Instruções de Tomás de Torquemada (1484) e as Instruções de Fernando de Valdés (1561). Em ambas, não se verifica qualquer autorização para que o juiz-inquisidor buscasse provas, de ofício, em desfavor do réu; ao contrário, ele somente poderia agir de ofício, na fase probatória, se fosse para buscar provas que viessem a beneficiar o sujeito passivo daquele processo.⁴⁴

É por esse motivo que a figura do juiz-defensor está ligada intrinsecamente ao sistema inquisitivo – em franca oposição ao que prevê o projeto de novo CPP – a ponto de a doutrina apontá-lo como uma de suas características mais marcantes⁴⁵ e levar Carpsódio a ma-

44 Quanto à regulamentação feita por Tomás de Torquemada, tal previsão se encontra em: Instrução 14. *Infrusiones hechas en Seuilla año de 1484 por el prior de fancta Cruz. Copilacion delas Infrusiones del Officio dela fancta Inquificion hechas por el muy Reuerendo feñor Thomas de Torquemada Prior del monasterio de fancta cruz de Segouia, primero Inquifidor general delos reynos y feñorios de Epaña, 1532*. Já, quanto à regulamentação feita por Fernando de Valdés, esse tema é tratado nas seguintes instruções: Instruções 21, 29 e 38. *Copilación delas Infrusiones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años*. A tradução desses dois textos da Inquisição Espanhola pode ser encontrada em: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal*. As instruções de Torquemada e Valdés. Curitiba: Juruá, 2006.

45 MARQUES, José Frederico. Do processo penal acusatório. In: *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 23. TORNAGHI, Hélio. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 9.

terializá-lo no brocardo *judex supplere debet defensionis rei ex officio*.⁴⁶

Um forte indício de aceitação de nossos argumentos, por parte do legislador, pode ser verificado na revisão da redação inicialmente dada ao art. 162 do projeto original, que cuidava do papel a ser exercido pelo juiz na fase probatória. Nesse dispositivo, claramente se vê que o juiz estava autorizado a produzir prova de ofício, mas nas condições impostas pelo art. 4º do projeto. Ou seja, desde que não fosse em benefício da acusação, e fosse somente em benefício do réu.⁴⁷ No entanto, na redação final enviada pelo Senado Federal à Câmara dos Deputados, o papel do juiz foi revisto no, agora, art. 165⁴⁸ – em substituição ao art. 162 original.

No presente momento, o juiz criminal está autorizado a produzir prova de ofício em caso de dúvida, independentemente de quem se veja, ao final, beneficiado com o aporte daquela prova. Mais que

46 Exatamente nesse tema é possível identificar o *ponto cego* na doutrina de Rui Cunha Martins. Ao demonstrar sua aderência à teoria da gestão da prova, ele acolhe integralmente a posição de Geraldo Prado, quando este diz que “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar, e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do Juiz”. MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto...* Op. cit., p. 8. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A conformidade das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 129-131. Em suma, na visão de ambos, juiz ativo, na fase probatória, seria sinônimo de juiz parcial. No entanto, o autor português incide em um silêncio extremamente constrangedor ao não esclarecer ao seu público leitor que Geraldo Prado é defensor do *juiz-defensor*, ou seja, aquele juiz que somente poderá produzir prova de ofício se for para favorecer unicamente ao réu, sob o argumento de que o juiz deve exercer um papel de *assistência* ao acusado. PRADO, Geraldo. *Sistema...* Op. cit., p. 130. Ora, a figura do assistente nada mais é que uma parte adesiva no processo penal, o que leva aqueles autores a defenderem a figura de um juiz parcial, só que em favor do réu. Uma segunda derrapada de nosso autor português se verifica quando ele se refere positivamente aos arts. 4º e 162 (redação original) do projeto de CPP (MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto...* Op. cit., p. 26, 28 e 29), mas nada fala quanto ao fato de ambos os dispositivos terem previsto a figura do *juiz-defensor*, somente verificável, em termos históricos, em processos representativos do sistema inquisitivo.

47 “Art. 162. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º.”

48 “Art. 165. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.”

qualquer coisa, o legislador deu mostras de coerência com o modelo de juiz presente no direito continental como um todo e com aquele inserido na reforma processual penal de 2008.

O que resta, então, é o legislador finalizar a correção de rumo que deu no papel a ser exercido pelo juiz criminal na fase probatória, de modo a que não haja incongruência entre os dispositivos iniciais do futuro CPP e a regulamentação dos papéis a serem exercidos pelos sujeitos processuais penais. A finalização dessa correção se dará, em nossa forma de ver, com a extirpação daquela proibição final contida no art. 4º do projeto, que poderia passar a contar com a seguinte redação: "O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites deste Código, vedada ao juiz a iniciativa na fase de investigação".

Conclusão

O projeto de novo CPP deu um importante e inédito passo ao estabelecer, de modo expresso, que o sistema por ele adotado é o acusatório. Com essa simples previsão contida em seu art. 4º, muito da controvérsia existente ainda hoje encontrará o seu fim, como, a título de exemplo, ocorrerá com a postura ativa do juiz na fase de investigação.

Com a proposição de adoção, por parte do direito brasileiro, do *sistema processual penal democrático*, dúvida surgiu quanto à manutenção, ou não, da opção sistêmica feita pelo projeto. A dúvida seria: há necessidade de alteração do projeto de novo CPP, mesmo depois de superadas todas as etapas no Senado Federal, e hoje em trâmite na Câmara dos Deputados?

Após analisarmos os argumentos que sustentam a criação desse novel sistema, pudemos chegar à conclusão de que ele não só não se ajusta ao conceito de processo democrático preconizado pela doutrina, como também não se trata de um sistema processual penal autônomo. Na verdade, o *sistema processual penal democrático* nada mais é que um sistema acusatório de cunho privatista, que já foi rechaçado pelos Tribunais Superiores brasileiros e não acolhido pelo legislador reformista de 2008, quando se dedicou a reescrever a disciplina sobre prova no atual CPP.

O objetivo de tal sistema, ao aderir à teoria da gestão da prova, nada mais é que retirar o caráter público do processo penal brasileiro, deixando seu destino exclusivamente nas mãos das partes, algo impensável para a cultura processual seguidora do direito continental, como é o caso de nosso país.

Logo, não há nenhuma necessidade de o legislador voltar à estaca zero com o projeto de novo CPP, visto que sua coluna vertebral – a aderência expressa de nosso processo penal ao sistema acusatório, estampada no seu art. 4º – está de acordo com os postulados da séria doutrina processualista penal, nacional e estrangeira.

A reforma que deve ocorrer, isso sim, diz respeito à permissão de o juiz criminal poder produzir prova de ofício, independentemente de quem for o beneficiário de seu resultado, pois a vedação, hoje existente no projeto, conduz o juiz, em realidade, a se tornar um sujeito processual representativo do sistema inquisitivo. Sua constitucionalidade, tal como hoje se encontra, estaria, então, com os dias contados.

Referências

- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal*. As instruções de Torquemada e Valdés. Curitiba: Juruá, 2006.
- _____. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009.
- _____. Processo Penal e Democracia. In: MACHADO, Bruno Amaral (coord.). *Justicia Criminal y Democracia*. Madrid/São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 145-182.
- _____. Reflexões em Torno de um Novo Código de Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 61, p. 113-131, 2008.
- _____. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- _____. Teoria da Gestão da Prova: um confronto consigo mesma. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, a. 10, n. 18, p. 141-200, 2008.
- ARISTÓFANES. *La Asamblea de las Mujeres*. Trad. José Javier Viana. Madrid: Ediciones Clásicas, 2011.
- _____. Los Acarnienses. In: *Comedias*. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. v. 20. Trad. Luis Gil Fernández. Madrid: Gredos, 2000.
- _____. *Pluto (A Riqueza)*. Trad. Américo da Costa Ramalho. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- CICERÓN, Marco Tulio. *Catilinarias*. Trad. María Casilda Gutiérrez de Albéniz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- CONDE-PUMIDO TOURÓN, Cándido. Nuevas Fórmulas para la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Revista Iuris*, n. 56, p. 24-33, dez. 2001.
- CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986.
- _____. *Procedura Penale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. El Principio de Contradicción en el Proceso Penal. *Diario La Ley*, Madrid, a. XXIII, n. 5.474, p. 1-4, fev. 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 5. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillo Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2001.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

_____. (Re)Discutindo o Objeto do Processo com Jaime Guasp e James Goldschmidt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 39, p. 103-124, jul./set. 2002.

_____. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema *inquisitório x acusatório*. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, a. 21, n. 251, p. 5-6, out. 2013.

_____. Sistemas de Investigação Preliminar. In: *Propostas para um novo modelo de persecução penal: combate à impunidade*. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídica; Centro de Estudos Judiciários. Brasília: CJF, 2005b. Série Cadernos do CJF, n. 25, p. 79-91.

_____. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES, José Frederico. Do processo penal acusatório. In: *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Inquisitório versus Acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. *Boletim Informativo IBRASPP*, Porto Alegre, a. 3, n. 4, p. 15-17, 2013/1.

MARTINS, Rui Cunha. *A Hora dos Cadáveres Adiados*. Corrupção, Expectativa e Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *O Ponto Cego do Direito*. The Brazilian Lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de Investigação Criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MOTERO AROCA, Juan. El Principio Acusatorio: Un intento de aclaración conceptual. *Revista Justicia*, Barcelona, n. 4, p. 775-789, 1992.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 73, p. 183-206, jan./abr. 2013.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Edisofer, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdiccional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A conformidade das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RAMALHO, Américo da Costa. Notas. In: ARISTÓFANES. *Pluto (A Riqueza)*. Trad. Américo da Costa Ramalho. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 83-93.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

TORQUEMADA, Tomás de. *Infruciones fechas en Seuilla año de 1484 por el prior de fancta Cruz. Copilacion delas Infruciones del Officio dela fancta Inquificion hechas por el muy Reuerendo feñor Thomas de Torquemada Prior del monaferio de fancta cruz de Segouia, primero Inquifidor general delos reynos y feñoríos de Efpaña, 1532*.

VALDÉS, Fernando de. *Copilación delas Infruciones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años*.

COERÊNCIA, INTEGRIDADE E DECISÃO JURÍDICA DEMOCRÁTICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LENIO LUIZ STRECK¹

FRANCISCO JOSÉ BORGES MOTTA²

Considerações iniciais

O novo Código de Processo Civil (doravante, NCPC) é a primeira grande regulamentação brasileira sobre Processo Civil a ser aprovada em período democrático.³ Como sabemos, os códigos anteriores foram forjados em períodos de exceção (1939 e 1973). Um belo passo rumo à construção de um *modelo democrático de processo* foi, sem dúvidas, dado pelo legislador. Houve, é certo, mais avanços do que retrocessos.

1 Doutor em Direito (UFSC). Pós-Doutor em Direito (FDUL). Ex-Procurador de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. Advogado.

2 Mestre e Doutor em Direito Público (UNISINOS). Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul.

3 O presente trabalho condensa reflexões que são exploradas pelos autores na obra coletiva denominada *Hermenêutica e jurisprudência no NCPC: coerência e integridade* (Atlas, no prelo). Conferir: STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil?; e MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O Novo Código de Processo Civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade?

A doutrina foi ouvida na elaboração do NCPC, e esperamos que ela *volte a doutrinar* agora, quando se forjam as interpretações que conformarão, na prática, as novidades legislativas. É importante que não olhemos a nova lei *com os olhos do velho*. Mesmo porque parte considerável das inovações que foram trazidas nada mais são do que interpretações que conformam à Constituição institutos e cláusulas já existentes. O *polêmico* art. 489 do NCPC, por exemplo, que trata do dever de *fundamentação estruturada* (ou completa) da decisão judicial, nada mais faz do que dar consequência ao dever constitucional de fundamentação (art. 93, IX). Não é que *a partir de agora se exigirá que o juiz fundamente de maneira completa*; é que *desde o advento da Constituição os juízes já deveriam vir fundamentando suas decisões de maneira completa; como não o fizeram, o legislador se viu na iminência de explicitar esse dever*. O mesmo se diga dos dispositivos que tratam do princípio do contraditório e não surpresa (arts. 9º e 10 do NCPC, e.g.). Há muito já defendíamos, acompanhando as lições de autores como Marcelo Cattoni e Dierle Nunes, que o contraditório não se esgotava numa mera *bilateralidade de audiência* (direito de ação e reação), mas que também continha uma dimensão *substantiva*: a vedação aos julgamentos de surpresa e a garantia de participação prévia na elaboração da decisão judicial. Se a Constituição já não fora o bastante para garantir interpretações corretas destas cláusulas processuais, o que garante que o NCPC obtenha este resultado?

Dito de outro modo, existe sempre o receio de o velho permanecer por intermédio de redefinições dos sentidos das leis, a partir de álibis teóricos como “a busca dos valores” ou de frases feitas como “o texto da lei é apenas a ponta do iceberg”. Não é sem razão (política) que os franceses – para não verem a sua revolução cons-

purcada via interpretação da lei – construíram uma separação entre discursos de validade (feitos pelo legislador) e discursos de facticidade (a cargo do juiz). É claro que (quase) ninguém pensa desse modo hoje, até porque estamos em um outro paradigma filosófico. Entretanto, é imperioso que fiquemos vigilantes, para que não repitamos o “fator CPP-212”, em que, embora claramente estabelecido no texto legal reformado que o juiz somente poderia fazer perguntas *complementares* às testemunhas, o Judiciário – inclusive o STJ e o STF – continuou a imprimir o mesmo procedimento (modelo de livre inquirição judicial, inclusive quanto à ordem das perguntas), como se nada tivesse sido alterado.

Pois bem. No presente trabalho, chamaremos a atenção do leitor para uma mudança que, bem lida, poderá contribuir (e muito!) para que tenhamos decisões judiciais efetivamente democráticas. Por sugestão de um dos autores deste texto⁴, depois encampada por colegas de academia e pela relatoria do projeto legislativo que então tramitava na Câmara dos Deputados, o art. 926 do NCPC adotou a seguinte redação: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, **íntegra e coerente**” (grifo nosso).

Em outras palavras, o NCPC passa a exigir “coerência e integridade” *da* e *na* jurisprudência. Isto é, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. O que é isso, como isso funciona e que diferença isso faz? É o que explicaremos em seguida.

4 Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 05 jan. 2015; Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

1 Coerência, integridade e Estado Democrático de Direito: reconfigurando a jurisprudência

Coerência e integridade são conceitos naturalmente associados ao pensamento do jusfilósofo americano Ronald Dworkin. E a preocupação desse autor vai, com efeito, bem além da noção profana de que, na medida do possível, *casos semelhantes devem ter respostas jurídicas semelhantes*. Seu ideal, como tentaremos deixar mais claro ao longo do presente texto, é a preservação da igualdade, expressa na noção de que o Poder Público (*government*) deve tratar aos seus cidadãos com *igual consideração e respeito* (*equal concern and respect*). Ou seja, não se trata apenas de *repetir decisões iguais*, mas de conectar as decisões a uma dimensão de moralidade.⁵ A partir *dessa exigência* (isonomia) é que se deve reconfigurar a tarefa decisória.

Veja-se que um dos alvos centrais do NCPC foi, justamente, a jurisprudência. Desde a exposição de motivos do Projeto nº 166/2010, já se anunciava que a “dispersão excessiva da jurisprudência” configurava um fator que acabava “por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia [...] de Estado Democrático de Direito”.⁶ Assim, a partir do início, um dos objetivos da Comissão de Juristas responsável pela primeira versão do NCPC foi o de criar estímulos para que a jurisprudência se uniformizasse e se estabilizasse, a pretexto de “concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”.⁷

5 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996, p. 165-166. A tradução dessa citação, assim como das demais em que a referência é feita à obra original em língua estrangeira, é de nossa responsabilidade.

6 Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 19.

7 Cf. redação original do art. 847, IV, do anteprojeto.

A despeito da inequívoca legitimidade dos propósitos anunciados, o anteprojeto apresentava, a nosso ver, alguns problemas. Não se percebia ali, por exemplo, um cuidado mais acentuado com a autoridade constitucional e legal dos argumentos que deveriam construir as decisões em torno das quais a jurisprudência deveria se consolidar. Também, preocupava a ênfase do projeto na chamada *instrumentalidade quantitativa*, em detrimento de uma *instrumentalidade qualitativa*, com a adoção de medidas anti-hermenêuticas para abreviação do tempo de duração do processo. Em definitivo: não havia qualquer ganho democrático em se estabilizar jurisprudência que não contasse com coerência e integridade.⁸

Essa versão inaugural acabou sofrendo, como dissemos, diversas modificações. A doutrina foi ouvida, houve amplo debate público. Consensos mínimos foram estabelecidos. E esse é o contexto em que aparece, no art. 926 do NCPC, o dever judicial de manter a jurisprudência não apenas *estável*, mas também *íntegra* e *coerente*. Ponto para o legislador!

Para que possamos, contudo, compreender esses conceitos em sua verdadeira complexidade e na sua devida abrangência, é preciso voltar algumas casas. Somente se descobrirá o *valor* da coerência e da integridade na jurisprudência se percorremos, como sugere Dworkin, o caminho da *ascensão justificatória*. É dizer: tentaremos demonstrar como essas exigências concretas, agora positivadas, têm origem em questões bem mais abrangentes, que dizem respeito à preservação da dignidade humana, à igualdade e à legitimidade de exercício do poder de coerção do Estado. Dito de outro modo, paciência, será necessário que passemos por questões de filosofia moral e política.

8 MOTTA, Francisco José Borges. Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 207.

De plano, tenhamos presente que o conceito dworkiniano de *integridade*, apesar de ter como alvo principal a decisão judicial, a esta não se limita. Na verdade, o estatuto da integridade tem por objetivo o aprimoramento do conceito de *legalidade* (ou, num sentido mais amplo, de *Estado de Direito*⁹). Somente então é que se transita para a discussão a respeito da decisão judicial. Há, portanto, uma ligação a investigar, entre a concepção de “Direito como integridade” e o conceito de *legalidade*.

Com efeito, a noção de “Direito como integridade” supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre o que isso significa¹⁰; a ideia nuclear é a de que todos os direitos que sejam patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo sejam pretensões juridicamente protegidas.¹¹

Dworkin parte do pressuposto de que a “integridade política”, entendida como a necessidade de que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns, é uma virtude política, uma exigência específica da moralidade política de um Estado que deve tratar os indivíduos com igual consideração e respeito.¹² Mais: trata-se de uma exigência do *autogoverno*, na medida em que um cidadão não pode considerar-se o autor de um conjunto de leis incoerentes

9 A palavra *legality*, no contexto da obra de Dworkin, remete à noção de Estado de Direito; contudo, como Dworkin utiliza a palavra *legality* – e não a expressão *Rule of Law* –, daremos preferência à tradução de *legality* por *legalidade*.

10 DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 134.

11 *Ibid.*, p. 152.

12 *Ibid.*, p. 166.

em princípio; quer dizer: a integridade está ligada à questão da legitimidade da coerção oficial.¹³

O autor norte-americano sustenta que “as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: elas aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras impostas por um arranjo político”.¹⁴ Segundo o autor, por essa razão, “uma comunidade de princípios aceita a integridade”, já que aceita “a promessa de que o Direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo completamente fundado em princípios”. Na sua visão, “uma comunidade de princípios, fiel a essa promessa, pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa”.¹⁵

Nesse sentido, a “coerência de princípio” deve ser valorizada por si mesma e estende exigências tanto ao legislador como ao juiz, o que se expressa em dois princípios: o princípio da *integridade na legislação*¹⁶, que pede aos que criam Direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios; e o princípio da *integridade no julgamento*, que pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido.¹⁷

Para dar consequência às exigências da integridade, é necessário que o intérprete do Direito considere as duas dimensões da interpretação da prática jurídica: o ajuste (*fit*) e o valor (*value*). E a melhor maneira de compreender essa proposta é, na nossa visão,

13 Ibid., p. 186-190.

14 Ibid., p. 211.

15 Ibid., p. 214.

16 A esse respeito, consultar, necessariamente: HOMMERDING, Adalberto Narciso. Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad. Curitiba: Juruá, 2012.

17 DWORKIN, Law's Empire... Op. cit., p. 166-167.

retomar a célebre analogia que Dworkin estabelece entre o raciocínio jurídico e a interpretação literária, que aparece em *A Matter of Principle (Uma Questão de Princípio)*.¹⁸

Dworkin usa a interpretação literária como modelo para o modo central da análise jurídica. Para tanto, propõe um exercício literário: cada romancista deverá criar um capítulo subsequente de uma obra coletiva, assumindo com seriedade a responsabilidade de criar, o quanto possível, um romance único, integrado (ao invés, por exemplo, de uma série de contos independentes). O argumento central é o de que cada juiz, assumindo o seu papel de “um romancista na corrente”, deve ler o que outros juízes fizeram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, ou seja, como cada um deles (também) formou uma opinião sobre o “romance coletivo” escrito até então. Nesses termos, ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, sendo que o seu trabalho seria o de continuar essa história no futuro por meio do que faz agora.

É útil observar que, ao criar o capítulo seguinte, o romancista movimenta-se em um espaço intermediário entre um mero tradutor (que reproduz o que já foi escrito) e alguém que dá início a um novo romance, sem qualquer relação com o que já foi escrito até ali. É mais livre que o primeiro e mais limitado do que o segundo. Isso ilustra o fato de que se lida, aqui, com duas dimensões nessa tarefa antes anunciadas: o *ajuste* e o *valor*.

Em palavras simples, o romancista tem dois *problemas* a resolver. Primeiro, para dar continuidade à narrativa, ele deve manter

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass./London: Harvard University Press, 1985, p. 158-162.

uma espécie de *coerência formal* com o que se escreveu até ali. Não pode, por exemplo, sem oferecer razões para tanto, mudar a língua em que o texto é vazado, o nome dos personagens ou o enredo. Segundo, ele deve enfrentar a questão de *como desenvolver* a história, mantidas as limitações anteriores. Deve responder, portanto, a uma pergunta substantiva: que desenvolvimento, entre os muitos possíveis, tornaria o romance melhor?¹⁹

Permitam-nos aqui um corte. Veremos depois, de maneira mais clara, de que modo a metáfora do romance em cadeia repercute sobre as exigências concretas que recaem sobre a decisão jurídica. Antes, porém, cabe retomar o argumento que abre este tópico, a saber: de que a concepção de *integridade* aqui apresentada presta-se ao aperfeiçoamento do conceito de *legalidade*.

Para Dworkin, a legalidade enquanto *valor* enuncia que só se justifica o uso do poder de coerção de uma comunidade política de acordo com critérios *prévios* à sua utilização. Assim, a sua *importância especial* dependeria da demonstração de quais aspectos da vida humana beneficiam-se dessa restrição ao uso coercitivo do poder político. Conforme a concepção de Direito que se defenda, essa demonstração enfatizará um dos seguintes valores políticos: *exatidão*, *eficiência* ou *integridade*.²⁰

19 GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 52-55. É claro que, em ambos os estágios, a interpretação está envolvida. Tanto o “ajuste” como o “valor” são questões interpretativas. Mesmo assim, está-se diante de uma distinção que deve ser conservada, como observa Guest: “Nossos julgamentos a respeito de questões interpretativas, tais como a literatura e o direito, são complexos e contêm muitos elementos de limitação. Os julgamentos gerais que fazemos são o resultado de vários tipos de julgamentos, alguns dos quais são julgamentos independentes que atuam como limitações sobre outros. Dworkin deve sustentar essa visão porque qualquer tipo de limitação sobre os tipos de julgamentos que fazemos não pode ser do tipo simples fatos ‘aí no mundo’. As limitações devem elas próprias emanar do julgamento”.

20 DWORKIN, Ronald. Justice in Robes. Cambridge, Mass./London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 172. Para Dworkin, é o interpretativismo (e não o positivismo jurídico) a concepção de Direito que trata da legalidade como uma forma de honrar o valor político da integridade.

O que o jusfilósofo norte-americano propõe, assim, é que se compreenda a legalidade no âmbito de uma teoria do Direito em que a *integridade política* forme um *campo gravitacional* ao seu redor. A integridade política dá à igualdade, como vimos, o sentido profundo de que o Estado deve governar de acordo com um conjunto de princípios aplicáveis a todos. Desse modo, a legalidade *serve* à integridade não no sentido mais vulgar de que o Direito deva ser aplicado conforme escrito, mas no sentido de preservar a *igualdade substancial* perante a lei.²¹

Essa *fusão* entre os conceitos de legalidade e integridade provoca, no âmbito da interpretação construtiva (a saber, aquela produzida pelo *romancista na cadeia*), uma ressignificação dos conceitos de *ajuste* e *valor* que é absolutamente iluminadora para o efeito de construção de um processo jurisdicional democrático. Dworkin propõe que as dimensões de *ajuste* e *valor* passem a ser pensadas a partir de dois conceitos políticos fundamentais: *imparcialidade processual* (que se torna a essência da dimensão do ajuste) e *justiça substantiva* (que vem a conformar a essência da dimensão do valor, ou da justificação política).²²

Essa imbricação entre integridade, legalidade e processo democrático nos deixa em melhores condições de entender o que é, afinal, uma *resposta correta em Direito* (ou, dito de outro modo, uma *resposta adequada à Constituição*). É disso que trataremos, mais detidamente, no tópico seguinte.

21 Ibid., p. 177.

22 Ibid., p. 171.

2 Coerência principiológica e respostas adequadas à Constituição

Em uma demanda judicial, reconhecer ou deixar de reconhecer um determinado direito é, no limite, uma questão de democracia, na medida em que os argumentos justificadores da decisão radicam numa concepção mais geral a respeito da maneira adequada de equacionar a tensão que se estabelece entre o sistema de direitos e a soberania popular, entre a autonomia pública e a autonomia privada, entre a igual consideração e respeito e a responsabilidade ética individual.

Mas que tipo de argumento é um bom argumento (um argumento válido) para justificar uma decisão jurídica? A resposta de Dworkin, desde *Taking Rights Seriously* (*Levando os Direitos a Sério*), é: a decisão jurídica deve ser gerada por *princípios*. É conhecida a distinção que o autor traça entre os *argumentos de política* e os *argumentos de princípio*. De acordo com o jusfilósofo norte-americano, “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, ao passo que os “argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”.²³ Essa diferença deve ser harmonizada, porém, com a ideia de que o Direito é, em sentido normativo, uma subdivisão da moralidade política.²⁴

23 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, p. 82.

24 Dworkin pensa o Direito como uma subdivisão da moralidade política, ideia esta que é desenvolvida, com maior detalhe, em *Justice for Hedgehogs* (*Justiça para Ouriços*). Resumidamente, na sua formulação, a moralidade pessoal (que diz respeito a como devemos tratar os demais, no âmbito das relações privadas) é concebida de modo a derivar da Ética (da ideia de boa vida, submetida apenas às restrições impostas pela dignidade humana); e a moralidade política (que diz respeito às relações estabelecidas no âmbito de uma comunidade política) é concebida como um desdobramento da moralidade pessoal. Com isso, Dworkin dá ao argumento jurídico o formato de um argumento moral, conectando a sua validade com sua justificação.

Entenda-se, pois, que os argumentos de princípio são, sim, “políticos” em um sentido mais abrangente. Pode-se dividi-los, nada obstante, em argumentos de *princípio político* (que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais) e em argumentos de *procedimento político* (que exigem que alguma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público).²⁵ Assim, enquanto o princípio é um padrão que favorece um “direito”, a política é um padrão que estabelece uma “meta”. Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito, e os argumentos de política são argumentos em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum. Dito de outro modo, “argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo”; ou, ainda, “os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”.²⁶

Se os membros de uma comunidade política têm direito a uma extensão coerente, e *fundada em princípios*, das decisões políticas do passado, então as decisões jurídicas decorrem do conjunto de princípios que forneçam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. A integridade é uma exigência da moralidade política de um Estado que deva garantir, às pessoas sob seu domínio, igual consideração e respeito; nesse sentido, a coerência de princípios pela integridade assegurada é uma *condição de legitimidade* da coerção oficial, uma questão de *autoridade moral* das decisões coletivas.

A questão remete-nos, portanto, à ligação entre a legitimidade política de uma decisão judicial – como expressão da coerção

25 DWORKIN, A Matter of Principle... Op. cit., p. 11.

26 DWORKIN, Taking Rights...Op. cit., p. 90.

estatal – e a exigência de que ela represente uma resposta *correta* (ou *adequada*²⁷) ao caso posto em exame. Isso porque a reivindicação de que as decisões estejam baseadas na melhor justificativa da prática jurídica como um todo é evidentemente incompatível com a discricionariedade do intérprete, ou com qualquer outra abertura para que ele introduza, como fundamentação da decisão, a sua própria preferência particular.

A tese da resposta correta (*one right answer*) que marca a doutrina dworkiniana é, à primeira vista, contraintuitiva. Já chega a ser um truísmo, atualmente, dizer que as sociedades complexas são moral e axiologicamente pluralistas, o que torna aparentemente suspeito sustentar que haja verdades objetivas sobre questões que dizem respeito à coletividade, principalmente quando se diz que elas são encontráveis através de uma leitura moral. Dworkin responde às objeções feitas à sua tese no capítulo 13 de *Taking Rights Seriously*, sob o título *Can rights be controversial?* (Direitos podem ser controversos?). O autor reconhece que, em um mundo no qual homens e mulheres divergem tanto e sobre tantas coisas, parece tolo e arrogante pensar que exista uma única resposta correta em cada controvérsia.²⁸ Contudo, ele lembra que os juristas continuam discutindo as questões polêmicas e tentando convencer os juízes e a comunidade jurídica da *correção* de seus argumentos. O Direito e a discussão jurídica existem justamente porque é possível fazer afirmações e negações sobre a correção ou incorreção de uma dada tomada de posição. Disso se depreende que, se de um lado a aparência é a de que

27 Conferir, sobre o direito fundamental a uma resposta judicial adequada à Constituição: STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

28 DWORKIN, Taking Rights... Op. cit., p. 279.

respostas corretas não existem, de outro as decisões jurídicas devem ser baseadas na correção de uma solução ao invés de outra, e não na vontade insondável de quem está na posição de decidir.

Entretanto, não se pode advogar uma noção ingênua e simplista de que as respostas corretas estejam prontas e disponíveis em uma caixa-forte, ao modo de verdades metafísicas.²⁹ A resposta adequada, ao contrário, está ligada ao esforço de *descobrir* os direitos relativos às partes, em oposição à ideia de *inventá-los*.³⁰

É assim que não basta que a decisão jurídica esteja correta no seu *resultado*; a decisão deve, também, legitimar-se a partir da resposta aos argumentos dos interessados. A partir da leitura moral³¹ das cláusulas constitucionais que tratam do processo (em especial, as cláusulas do *devido processo legal* e do *contraditório*), pode-se justificar a conclusão de que, nos quadros de um Estado Democrático de Direito, as exigências do *autogoverno* (dito num nível mais abstrato: exigências da autonomia e da dignidade) fazem com que as decisões jurídicas sejam construídas em conjunto com os interessados no seu resultado; e que, para tanto, garanta-se a *participação* destes no processo de resolução das questões que os atingem.

29 Em capítulo anterior do mesmo livro, Dworkin já rejeitara fortemente essa visão: “A teoria da caixa-forte é, obviamente, sem sentido. Quando digo que pessoas têm visões do direito quando o direito é duvidoso, e que essas visões não são meras previsões do que os tribunais vão decidir, não pretendo tal metafísica. Eu apenas quero sumarizar tão precisamente quanto possível muitas das práticas que são parte de nosso processo legal”. DWORKIN, *Taking Rights...* Op. cit., p. 216.

30 DWORKIN, *Taking Rights...* Op. cit., p. 280.

31 A leitura moral é uma estratégia de interpretação proposta por Dworkin, que tem por alvo principal as cláusulas constitucionais que estabeleçam direitos e que sejam vazadas em linguagem abstrata. A ideia é compreendê-las como princípios morais abrangentes, fixadores de limites do poder de coerção coletiva. Defendemos a possibilidade de se fazer a chamada leitura moral das cláusulas que conformam, no contexto constitucional brasileiro, o devido processo legal (contraditório, juiz natural, vedação a provas ilícitas etc.).

3 A chave de leitura de um sistema de justiça democrático

Decisões coerentes entre si, geradas por princípios e construídas em conjunto com os interessados em seu resultado, são, portanto, decisões democráticas, adequadas à Constituição e, neste sentido, *corretas*. É para essa dimensão profunda que aponta o art. 926 do NCPC, quando lido sob a sua melhor luz (*in its best light*, para falarmos com Dworkin).

Não se trata, portanto, de *dar um nome novo a uma ideia velha*. Não surpreenderão comentários de que a questão já se achava bem dimensionada nos termos de “segurança jurídica/certeza” (ou justiça). Parecerá assim ao dogmaticismo ingênuo, com o qual se pretende romper. Ignora-se aí, neste apego a categorias jurídicas pré-modernas, todo o contexto teórico metafísico (clássico) em que submerge a discussão doutrinária. Segurança e certeza aparecem na praxe jurídica como “valores” autorreferentes, desarticulados, descaroados, ontologicistas e algo teológicos. Repristinam a cada decisão o dilema cego entre positivismo e jusnaturalismo, ambos constituindo fundamentos últimos e absolutos, prontos para acolher ou rejeitar qualquer pedido ao talante do juiz.

Já a coerência e a integridade avançam no problema, deslocando seu âmbito de solução para a “consciência histórica”. Valem por todo contexto teórico que aportam e pela sofisticada relação conceitual que entretêm. A integridade é *virtude política* a ser adotada por uma autêntica comunidade de princípios (para além de uma associação de indivíduos meramente circunstancial, ou pautada num modelo de regras) e se expressa pela coerência principiológica na lei e jurisprudência. Aqui já de pronto transparece uma questão nova: a

coerência e integridade são antitéticas ao *panprincipiologismo*, pela simples razão de que a “invenção” de um “princípio” sempre é feita para quebrar a integridade e a cadeia coerentista do discurso. Aliás, se é para confirmar a integridade e seguir coerentemente com o que vem sendo decidido, não há necessidade de se *inventarem* princípios.

Fixemos pela repetição: coerência não é simplesmente se ater ao fato de que cada nova decisão deve seguir o que foi decidido anteriormente. Claro que é mais profunda, porque exige consistência em cada decisão com a moralidade política (não a privada, ou comum) instituidora do próprio projeto civilizacional (nos seus referenciais jurídicos) em que o julgamento se dá.

A *integridade* quer dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do direito um “jogo limpo” (*fairness* – que também quer dizer tratar todos os casos equanimemente). Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador *não pode dar o drible da vaca hermenêutico* na causa ou no recurso, do tipo “seguindo minha consciência, decido de outro modo”. O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva “porque quer” (ou porque sim).

A coerência e a integridade são, assim, os *vetores principiológicos* pelos quais *todo* o sistema jurídico deve ser lido. Em outras palavras, em qualquer decisão judicial a fundamentação – incluindo as medidas cautelares e as tutelas antecipadas –, deve ser respeitada a coerência e a integridade do Direito produzido democraticamente sob a égide da Constituição. Da decisão de primeiro grau à mais alta Corte do país. Se os tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, logicamente os juízes de primeiro grau devem julgar segundo esses mesmos critérios.

Da mesma forma em que no nosso cotidiano não podemos sair por aí trocando o nome das coisas e fazendo o que queremos, também no direito não podemos trocar o nome dos institutos e atribuir sentidos às coisas segundo nossos sentimentos pessoais. Assim como o mundo não nos pertence e nele nos situamos a partir de uma intersubjetividade, também no direito a linguagem não é privada. Não é nossa. Não dizemos, em uma discussão, “seja coerente e assumo o que você disse ontem”? Mas não basta ser coerente com o que se disse ontem se o que você disse ontem estava equivocado. A coerência, assim, deve ceder à integridade.

Fazendo uma alegoria: você pode mentir e ser coerente em (e com as) suas mentiras. Como se dá um basta nessa “mentirança”? Mostrando a verdade. A verdade quebra a mentira. Ou seja, a integridade serve para quebrar uma cadeia falsa ou equivocada acerca da interpretação de uma lei. Onde se lê “verdade”, leia-se a Constituição em seu todo principiológico.

Em última análise, decisão *íntegra e coerente* quer dizer respeito ao direito fundamental do cidadão frente ao Poder Público de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador, um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, que é que, ao fim e ao cabo, sustenta a integridade. Na feliz construção principiológica de Guilherme Valle Brum, sempre que uma determinada decisão for proferida em sentido favorável ou contrário a determinado indivíduo, ela deverá necessariamente ser proferida da mesma maneira para os outros indivíduos que se encontrarem na mesma situação.³²

32 BRUM, Guilherme Valle. Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 124-150. Outro livro recomendado é de Rafael Tomaz de Oliveira. Decisão Judicial e Conceito de Princípio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Decidir com coerência e integridade é um dever e não uma opção ou escolha: o direito não aconselha meramente os juízes e outras autoridades sobre as decisões que devem (*ought to*) tomar; determina que eles têm um dever (*have a duty to*) de reconhecer e fazer vigorar certos padrões.

A partir de agora, teremos um lema (padrão) a seguir: lutar para que o direito seja um conjunto harmônico que deve expressar um sistema coerente de justiça, ligado por princípios que proporcionam essa integridade.³³

Conclusão: levando o NCPC a sério

Afinal, e antes que alguém diga que isso será “letra-morta” nas mãos de juristas mais “práticos” (sic), convidamos a todos que se engajem na missão de levar a sério o Direito. Não precisamos encarar a lei como mero engodo e estabelecer uma relação paranoica entre cidadania e burocracia. Ainda quando a promessa estatal soe vazia (o que não é o caso: o NCPC é, em geral, uma boa peça de legislação), podemos nos apropriar dela na práxis social. Friedrich Muller lembra-nos que “não se estatuem impunemente textos de normas e textos constitucionais” e que “os textos podem revidar”.³⁴ Estejamos preparados, pois.

O resumo dessa nossa conversa é o seguinte: lido *em sua melhor luz* (e cabe a cada leitor a tarefa de dar a *melhor interpre-*

33 Argemiro Martins, Cláudia Roesler e Ricardo de Jesus (A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. NEJ, n. 27, 2011) enxergam – corretamente – uma cooriginariedade entre coerência e integridade, lição que retiram de MacCormick, que, a exemplo de Dworkin, aposta na coerência e na integridade como condição de possibilidade para as decisões judiciais em uma democracia.

34 MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? Trad. Peter Naumann. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

tação possível ao texto), o NCPC abre as portas para que se adote, finalmente, uma teoria da decisão judicial efetivamente democrática. Pensamos que o problema da democracia, no processo, deve ser equacionado de dois modos: primeiro, por meio de um procedimento em que se garanta, via contraditório, uma *decisão participada*; segundo, através dos *fundamentos* que compõem a decisão jurídica (e aqui é que aparece, de forma mais nítida, o dever judicial de manter a coerência e a integridade de princípios).

Levadas essas exigências mais a fundo, é possível afirmar: a interpretação construtiva da Constituição leva à tese de que uma decisão jurídica e democraticamente correta deve ter a sua legitimidade confirmada por uma dupla dimensão da resposta correta: procedimento constitucionalmente adequado e a interpretação dirigida à integridade.³⁵

Explicando melhor, a partir de uma *leitura moral* das cláusulas constitucionais que tratam do processo jurisdicional, podemos concluir que, nos quadros de um Estado Democrático de Direito, as demandas do *autogoverno* (exigências da autonomia e da dignidade) reivindicam que as decisões jurídicas sejam construídas em conjunto com os interessados no seu resultado; e, para que isso ocorra, deve-se garantir a *participação* destes no processo de resolução das questões que lhes atingem. Nesse sentido, propomos uma interpretação da cláusula do devido processo legal que a incorpore ao Direito *como um princípio moral abrangente, que imponha limites ao poder do Estado*. A concepção constitucional de democracia (*partnership conception*) autoriza, cremos, uma interpretação das cláusulas constitucionais referentes ao processo jurisdicional que as eleve ao patamar

35 Essa noção é desenvolvida com maior detalhe em: MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a decisão jurídica. Livro no prelo.

de *condições democráticas*. E, entre estas (*participação, interesse e independência*), a que encontra sua expressão mais natural no processo jurisdicional é, certamente, a garantia de *participação*: condição esta ligada à possibilidade de os participantes virem a influenciar, com seus argumentos, o provimento jurisdicional. Essa possibilidade é assegurada, por sua vez, por meio de uma compreensão constitucional da cláusula do *contraditório*, que garante a geração de *decisão participada* e, portanto, construída democraticamente. Em definitivo, uma resposta jurídica e democraticamente correta deve ser, sobretudo, *resultado de um processo correto*.

Simples, pois. E, ainda assim, tão complexo.

Guardemos bem isso, então: trazer a integridade para o âmago do processo não é fazer *perfumaria jurídica*, ou criar um cosmético destinado a cair em concursos públicos ou a impulsionar a venda de novos livros. É, isto sim: a) levar a sério o processo e os direitos de seus participantes; b) uma mudança de *postura*, ou de *atitude interpretativa* com relação ao processo e as disposições que lhe dizem respeito; c) enxergar nos contraditores não meros opositores ou *adversários*, mas sim *membros de uma comunidade política genuína*, que são governadas por *princípios comuns* (e não apenas por regras criadas pelo jogo político) e que, justamente por isso, *aceitam a integridade*; e d) entender que coerência é um conceito intercambiável (um tribunal pode decidir coerentemente, só que de forma equivocada; portanto, coerência necessariamente não quer dizer acerto; a integridade é a garantia de que a coerência *no erro* possa ser dissolvida).

Com isso entendido, em frente! Interpretar (um texto literário, religioso, jurídico, não importa), como diz Dworkin, é uma questão de *reponsabilidade* e de *valor*. Todos nós temos a *responsabilidade*

de levar o NCPC a sério, de identificar o que há de *valioso* nas suas disposições e de levar o empreendimento adiante. Afinal, o Direito é uma construção coletiva, destinada a garantir a legitimidade da ação do Poder Público. Sugerimos que o NCPC seja lido assim: como um passo firme na direção da instituição de um processo jurisdicional democrático. Esse é o seu *valor*. Cabe a nós a *responsabilidade* pela sua promoção. Se tivermos sucesso, talvez possamos dizer que, a partir de agora, ingressar em juízo não é mais “correr sozinho e arriscar chegar em segundo lugar”, com o juiz decidindo *conforme sua consciência*. Depende de nós.

Referências

BRUM, Guilherme Valle. *Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass./London: Harvard University Press, 1985.

_____. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.

_____. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

_____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Mass./London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. *Justice in Robes*. Cambridge, Mass./London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* Trad. Peter Naumann. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e Conceito de Princípio*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Novo CPC decreta a morte da lei*. Viva o common law! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

_____. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PUBLICIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL: estudo de caso

MAREN GUIMARÃES TABORDA¹

No ano de 2007, no âmbito da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, surgiu a oportunidade de discutir se havia ou não contradição entre o *dever de publicidade* a que se refere o art. 18, parágrafo único, inciso VI, da lei municipal que criou o TART – Tribunal Administrativo de Recursos Tributários, e a *proibição de divulgação de dados fiscais* prevista no art. 198² do Código Tributário Nacional (doravante, CTN). A resposta, construída em documento técnico³, permitiu a reflexão sobre o princípio da publicidade e os seus diversos significados. Todavia, como essa é também uma dis-

1 Professora Adjunta de História do Direito e de Direito Constitucional da FMP. Professora Adjunta de Direito Constitucional da PUCRS (licenciada). Mestre e Doutora em Teoria do Estado e do Direito pela UFRGS. Especialista em Gestão Tributária pela Universidad Castilla La Mancha. Procuradora do Município de Porto Alegre.

2 Código Tributário Nacional, art. 198: “Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades. Parágrafo único. Excetuam-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça”.

3 Parecer nº 1137/2007. Processo Administrativo nº 001.052258.06.8. Interessado: Tribunal Administrativo de Recursos Tributários – TART. Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre.

cussão sobre *Teoria do Direito*, teve que ser delimitada segundo uma determinada pré-compreensão do fenômeno jurídico, segundo a qual é preciso abordar a experiência em suas três dimensões: a *normativa* – o que vale como direito; a *valorativa* – o estado atual da discussão doutrinária; e a *fática* – onde direito “morde” a vida, isto é, como são, de fato, as coisas (o que os tribunais dizem e o que os destinatários das normas observam efetivamente).

1 DELIMITAÇÃO DA DISCUSSÃO

A questão controvertida, aparentemente, diz respeito à contradição entre *uma regra* – aquela posta no art. 198 do CTN – e um *princípio*, o da publicidade (tanto em sentido largo – *caput* do art. 37 da CF –, como em sentido estrito). Os princípios também são normas, embora sejam diferentes das regras. São espécie de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Daí decorre que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Mandatos de otimização, os princípios são caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.⁴

4 Não há uma definição unitária do que sejam “princípios jurídicos” e, assim, eles podem ser: a) fundamentos, critérios para a justificação de uma ordem (Esser); b) pensamento diretor de uma regulação jurídica existente ou possível (Larenz); c) prescrições indiretamente ligadas a valores, fins, ideias e topoi (lugares argumentativos) a serem institucionalmente determinados (Canaris); d) modos abertos de argumentação (standards) que não determinam vinculativamente uma decisão, mas somente contêm fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios (Dworkin); e e) espécie de normas jurídicas, por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas (Alexy). Na tese de Dworkin, os standards podem ser princípios *stricto sensu* (argumentos em favor de proteção de direitos) e *policies*, argumentos em favor

Regras são normas que só podem ser cumpridas, ou não, e contêm determinações no âmbito do fática e do juridicamente possível, de modo que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra ou é um princípio, e, no caso do conflito entre princípios, a distinção se torna clara, pois aí há a dimensão do peso ou da importância: o conflito deve ser solucionado através de uma ponderação de princípios opostos. Nesses casos, os interesses são do mesmo grau, e se trata de ponderar qual deles possui maior peso no caso concreto. Nas colisões de princípios, um tem de ceder diante do outro, e, como os princípios têm diferente peso, em certas circunstâncias, um deles tem precedência (princípio com mais peso). Se uma norma de direito fundamental entra em colisão com o princípio oposto, então a possibilidade jurídica de realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto. Admitindo-se, para argumentar, que estivesse em causa a colisão de dois princípios – o da publicidade e o da proteção a *privacy* –, deveria

de objetivos a serem atingidos, conforme interpretação de Ricardo Waldman. Quando se afirma que a transparência é também uma diretiva, uma *policy*, está adotando-se aquela interpretação. É relativamente extensa a literatura jurídica sobre os princípios e suas relações com as regras, mas a pré-compreensão do tema que está sendo expressada neste trabalho foi construída a partir principalmente de: CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 166 e ss; GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica. São Paulo: RT, 1991, passim; DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio. Barcelona: Ariel, 1989, capítulos 1, 2 e 3; DWORKIN, Ronald. ¿Es el derecho un sistema de reglas? Cuadernos de Crítica 5, Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Autónoma de México, 1977; ALEXY, Robert. Derecho Y Razón Practica. México: Distribuciones Fontamara, 1993; ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, passim; MARTINS-COSTA, Judith Martins. A Boa-fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, passim; CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989; LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, Capítulo V; DIÉZ-PICAZO, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del derecho. Barcelona: Ariel, 1993, Capítulo VIII; ESSER, Josef. Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado. Barcelona: Bosch, 1961, passim; GROSSMANN, Elias. Os Princípios Jurídicos em Robert Alexy. UNISINOS. Dissertação de Mestrado, 2000, inédita, passim; ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo, n. 215, jan./mar. 1999, p.157-179; ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, passim; WALDMAN, Ricardo Libel. Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin. Direito & Justiça. Revista da Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, Edipucrs, v. 25, ano XXIV, 2002/1, p. 119 a 145.

ser sopesado o conteúdo dos dois através do postulado da proporcionalidade, para a solução da colisão, em um caso concreto. *Esta solução não era adequada, pois era necessária uma orientação geral, para valer em todos os casos.*

Assim, a considerar que o que está em discussão é a contradição entre um princípio e uma regra, a solução dependerá não de uma ponderação, mas de uma verificação do *conteúdo* e *razão* das normas envolvidas. Isso é assim porque “normas” não são somente textos, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Os textos constituem o objeto de interpretação, e as normas, o seu resultado.

Dado que normas podem ser regras e princípios, segundo a posição acima explicitada, deve ficar ressaltado que as regras podem ou não ser realizadas. Quando uma regra vale, então é determinado fazer exatamente o que ela exige: nem mais, nem menos. Isso significa que um ou vários dispositivos podem ser, simultaneamente, regra (dimensão imediatamente comportamental), princípio (dimensão finalística) e, ainda, postulado (dimensão metódica).

Segundo esse mesmo raciocínio, as regras (como é o caso do art. 198 do CTN) só podem ser afastadas mediante uma *fundamentação racional, necessária e suficiente*.⁵ Na colisão de princípios, os dois princípios colidentes apenas têm sua realização limitada reciprocamente, a colisão de regras sempre se resolve com a decretação de invalidade de uma delas, porque as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, e os princípios, obrigações *prima facie*.

⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, passim.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, estabelecem um fim a ser atingido, um conteúdo desejado e sua aplicação demanda uma avaliação do estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção. As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições, mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Se isso é assim, as consequências estabelecidas por uma regra só podem ser afastadas em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, segundo uma condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra. Ou se examina a razão que fundamenta a regra, restringindo ou ampliando o conteúdo da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra. Isso é o que deve ser feito para pensar-se corretamente o problema.

Uma norma pode assumir a feição de uma regra, de um princípio ou de um postulado, e será o caráter preponderante que determinará a sua natureza. A publicidade, pela sua múltipla significação, é entendida ora como um *postulado normativo*, ora como uma regra, ora como um *princípio*, tanto no sentido de ser um *fim* quanto no de ser uma *diretiva* (*policy*).

2 PUBLICIDADE COMO DEVER DE TRANSPARÊNCIA (POSTULADO NORMATIVO)

Na discussão em torno dos vários sentidos do princípio da publicidade, o mais imediato sentido é o de que este é, primeiramente, um preceito que tende a preservar a *res publica*, isto é, a comunidade

política no sentido que Kant lhe dá⁶, porque esta, sendo regida por leis, unida aos conceitos de “democracia” e de “governo não despótico”, é o fundamento do Estado de Direito. Sustentando a harmonia entre política e moral e a necessidade de visibilidade do poder ou de seu “*exercício público*”⁷, Kant escreveu:

O problema do estabelecimento do Estado [...] formula-se assim: Ordenar uma multidão de seres racionais que, para a sua conservação, exigem conjuntamente leis universais, das quais, porém, cada um é inclinado no seu interior a eximir-se, bem como estabelecer uma constituição de um modo tal que estes, embora opondo-se uns aos outros nas suas disposições privadas, contêm-se, no entanto, reciprocamente, de maneira que o resultado da sua conduta pública é o mesmo que se não tivessem essas disposições más.

Mais do que isso, se todo ato político tem de tolerar um controle por parte do público, por cuja aprovação pode alcançar a legitimidade moral e a legalidade jurídica, então a publicidade dos atos políticos se converte em condição indispensável para a legitimação moral da política e para a democracia, a partir da unidade de interesse entre governantes e governados.⁸

6 Kant, tanto na *Metafísica dos Costumes* quanto na *Paz Perpétua*, defende que a constituição civil, em cada Estado “deve ser republicana” e enfatiza a diferença entre res publica e democracia. A democracia é uma das formas da soberania (modo de governar o povo), e a república, a forma do regime que se refere ao modo como o Estado faz uso de seu poder. In: KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 130-132; *La Metafísica de las Costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesus Conill Sancho. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

7 KANT, *A Paz Perpétua*... Op. cit., p. 147. De acordo com Hannah Arendt, o que Kant disse é que o homem mau é aquele que abre exceção para si, de modo que, em política, diferentemente da moral, tudo depende da conduta pública. “Por que nenhum soberano jamais ousou declarar que não reconhece absolutamente nenhum direito do povo que a ele se opõe? A razão é que tal declaração pública levantaria todos os súditos contra ele [...]” Ver, para isso: ARENDT, Hannah. *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993, p. 22.

8 HABERMAS, J. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Trad. Flávio Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 128, in verbis: “[...] a ‘publicidade’ em Kant deve ser considerada como aquele princípio único a garantir o acordo da política com a moral”. De acordo com Howard Caygill, Kant abstrai o “atributo formal da publicidade” dos aspectos materiais do direito público (interno e internacional), fazendo a associação

De fato, na tradição política do Ocidente, desde o princípio, estão articulados os conceitos de democracia, publicidade, igualdade e racionalidade, de modo que não se pode dizer democrático um regime no qual não existam a visibilidade e o controle do poder, em outras palavras, *publicidade*. Esse é o primeiro significado que a expressão “publicidade” assume nos ordenamentos jurídicos do Ocidente: o de ser uma mediação entre política e a moral que impõe um dever aos poderes públicos, o de agir de forma transparente. Nessa acepção, o princípio da publicidade decorre imediatamente do princípio democrático e do princípio republicano.

A publicidade como *transparência* é elemento essencial do Estado de Direito no sentido de que indica um dever para a Administração e os poderes públicos em geral, isto é, agir sempre de forma visível, favorecendo o controle dos cidadãos seja para garantir os seus direitos fundamentais, seja para exigir a tutela impessoal dos interesses públicos. É um lugar comum nos discursos sobre a democracia que ela é “governo do poder visível”, ou “o governo do poder público em público”⁹, mas, como já se disse, foi com o Iluminismo, mais precisamente, com Kant, que se tornou inquestionável que a visibilidade do poder não é só uma questão política, mas também uma questão moral, decorrente do conceito transcendental do direito público: “Todas as ações relativas aos direitos dos outros homens, cuja máxima não é suscetível de se tornar pública, são injustas”.¹⁰

entre razão, comunicação e esclarecimento. Essa associação, segundo ele, “foi um considerável estímulo ao desenvolvimento da teoria política no séc. XX. Arendt explorou minuciosamente as implicações da noção de Kant de publicidade [...], enquanto as relações ente publicidade e razão comunicativa foram extensamente estudadas por Habermas [...]”. In: Dicionário Kant. Trad. Álvaro Cabral, revista por Valério Rohden. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, verbete: “Publicidade”, p. 268. Também: BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 90; MAIHOFER, Werner. Principios de una democracia en libertad. In: HEYDE, Wolfgang (org.). Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 274.

9 BOBBIO, O Futuro... Op. cit., p. 83.

10 KANT, A Paz Perpétua... Op. cit., p. 165.

A articulação da moral com a política se dá porque, se no “direito público” se pode prescindir de toda a matéria (as diferentes relações empíricas dos homens no Estado ou dos Estados entre si), resta ainda a *forma da publicidade* “cuja possibilidade está contida em toda a pretensão jurídica, porque sem ela não haveria justiça alguma (que só pode pensar-se como publicamente manifesta), por conseguinte, também não haveria nenhum direito, que só se outorga a partir da justiça”.¹¹ Decorre daí que, para Kant, o princípio da publicidade não é apenas ético (pertence à doutrina da virtude), mas também jurídico (concerne ao direito dos homens).

Conforme Humberto Ávila¹², um postulado normativo aplicativo apenas estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos, consistindo em uma regra geral que assegura a realização dos fins estabelecidos pelos princípios. Com isso, pode-se falar em dever de transparência, para indicar a exigência de desnudamento da Administração, que não resulta de um texto específico, mas da finalidade de proteger os direitos e garantias fundamentais e tutelar impessoalmente os interesses públicos. O que a transparência determina é que todos os atos políticos sejam praticados à luz do dia para facilitar o seu controle.

Se a razão de ser da Administração é toda externa – tudo o que ela faz tem uma direção exterior –, falta-lhe uma razão de ser independente das normas. Como ela jamais é portadora de interesses, poderes ou direitos pessoais seus, surge o dever de absoluta transparência, e a consequência disso é que o povo – titular do poder – “tem direito de conhecer tudo o que concerne à Administração, de controlar passo a passo o exercício do poder”, afirma Sunfeld.¹³

11 Ibid., p. 164,

12 ÁVILA, H. Teoria dos Princípios... Op. cit., passim.

13 SUNFELD, Carlos Ari. Princípio da Publicidade Administrativa (Direito de Certidão, Vista e Intimação). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 199, jan./mar. 1995, p. 98.

Com isso, pode-se afirmar que a publicidade como transparência é um dever, qual seja aquele de “franquear-se ao conhecimento público, de desnudar-se, mesmo que não esteja em pauta o problema da notificação de seus atos”. Assim, a *publicidade assume a feição de um postulado normativo* – condição de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico –, de uma exigência para a aferição do respeito que a Administração deve ter pelas normas jurídicas. Daí afirmar-se o seu aspecto instrumental: ela é meio para que se atinjam os fins previstos em outras normas (regras ou princípios), quais sejam a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e a tutela impessoal dos interesses públicos. A publicidade, pois, entendida como “dever de transparência” qualifica o movimento de abertura da Administração para o exterior, superando, progressivamente, a tradição do segredo administrativo – *arcana imperii*.¹⁴

A ideia de publicidade como “transparência”, por corresponder a uma pressão aumentada em relação à Administração, é larga e exigente: os cidadãos modernos não obedecem sem conhecer e obedecem com a única condição de consentirem. A partir do momento em que a Administração interfere nos detalhes da vida cotidiana, multiplicam-se as interdições e as regulamentações minuciosas, de modo que os administradores começam a sentir falta de outra coisa mais do que a crença na infalibilidade da sanção ou o respeito pela autoridade suprema, para que as regras sejam obedecidas: a Administração passa, então, a ter que obter a adesão à regra, e isso se faz com um apelo à inteligência e à razão dos cidadãos.¹⁵ A essa ideia de consentimento se junta o princípio do conhecimento, não se aceitan-

14 Cf. DEBBASCH, Charles. Introduction In: La Transparence Administrative en Europe. Actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990, p. 11.

15 Cf. RIVERO, Jean. Rapport de Synthèse. In: La Transparence Administrative... Op. cit., p. 308 e 311.

do um governo sem conhecê-lo, e por isso mesmo o conhecimento pressupõe a publicidade. Por essa razão, a publicidade recebe o tratamento de “transparência” na doutrina estrangeira.

Feitas essas considerações, pode-se afirmar que o princípio de publicidade como dever de transparência, inscrito na Constituição no *caput* do art. 37, é decorrência direta do princípio democrático, convertido em “fator de legitimação material das decisões e atos governamentais,” como afirmou o Ministro Celso de Mello, em voto vencido na ADIn 2.461.¹⁶ Segundo o julgador, quando a Assembléia Nacional Constituinte “repudiou o compromisso do Estado com o mistério e o sigilo”, dessacralizou o segredo e banuiu a possibilidade de exercício de um poder não consentido. No dever de transparência,

16 Na referida ação, discutiu-se a constitucionalidade de lei estadual que determinou o procedimento de votação aberta para cassação de mandato de parlamentar. O Plano do STF julgou procedente a ação em face da consideração de que o art. 27, § 1º c/c art. 55, §2º da CF constitui uma regra que não poderia ser ultrapassada e de que, mesmo que o princípio da publicidade, em primeiro lugar, assegure e fundamente a própria ordem constitucional (a res publica), ele comporta as exceções previstas na própria Constituição. Um dos aspectos da discussão foi o de que se estava diante de um conflito entre um princípio – o da ampla publicidade (transparência) e de duas regras (a da simetria e a que determina o voto secreto nos processos de cassação de mandato). O Ministro Eros Roberto Grau sustentou o seu voto, privilegiando a regra “que não é princípio” e, embora ele não tenha feito uma preleção sobre a questão, ficou subjacente a seu voto o entendimento de que as consequências estabelecidas por uma regra só podem ser afastadas em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador segundo uma condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra. Ou se examina a razão que fundamenta a regra, restringindo ou ampliando o conteúdo da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra. O voto vencido em discussão foi baseado em decisão anterior, que pode ser resumida nos seguintes termos: “Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconveniente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo “perigoso fascínio do absoluto” [...], ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em “praxis” governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte Norberto Bobbio, em lição magistral sobre o tema [...] não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. A Carta Federal [...] enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de Bobbio, como ‘um modelo ideal do governo público em público’”. Decisão do plenário do MI 284 – DF, encontra-se, na íntegra, na RTJ 128/712/732; e da ADIN 2.461-2 – RJ, de 12/05/2005, no ementário eletrônico do STF, disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurispredica>>. Acesso em: 24 nov. 2005.

o princípio democrático encontrou, assim, um “de seus mais expressivos valores éticos-jurídicos”. Com isso, chega-se à seguinte conclusão: a “regra”, na democracia, é a *publicidade*, e o segredo, a exceção.

Na discussão sobre as exceções ao postulado da publicidade, ressaltam aquelas decisões do poder que, se publicizadas, podem ameaçar a segurança e a existência mesma da *res publica*: é o caso dos chamados *arcana imperii*, que têm o objetivo de conservar o Estado e a forma de governo existente. Assim, no Brasil, por exemplo, é a própria Constituição que estabelece o dever de segredo em muitas circunstâncias, tais como aquelas que servem para proteger a intimidade das pessoas (âmbito da *privacy*), resguardar o sigilo da fonte quando este é necessário ao exercício profissional, ou aqueles que servem para proteger detentores de cargo político, como é o caso do discutido art. 55, § 2º.¹⁷ Os parâmetros básicos estão dados pelo inciso LX do art. 5º: *mesmo a lei só pode restringir a publicidade dos atos processuais, por exemplo, quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*. Assim é que, na defesa do Estado e das instituições democráticas, isto é, se o sigilo for indispensável ao exercício da atividade pública (como nos casos de investigações policiais, das propostas em licitações antes de sua abertura e das plantas de presídios), ou para proteger a privacidade individual do cidadão, será permitido. Por vezes, a legislação ordinária estabelece a necessidade de sigilo, como se vê na legislação tributária, que obriga os servidores da Administração Fazendária a não divulgar dados a que tenham

17 Na decisão da ADIN 2461-2 RJ, a discussão do plenário do STF também girou em torno da justificativa da previsão do §2º do art. 55. O ministro Marco Aurélio entendeu que a exceção à publicidade quanto aos escrutínios não se justificava, pois ela não é de mesma natureza daquela do art. 66, § 4º, porque lá se trata de proteger os deputados de eventual retaliação quando decidem sobre um veto “do todo-poderoso Executivo” e, na do art. 55, “a independência fica comprometida quanto à de perda de mandato de um colega”? Nessa questão, foi acompanhado pelo Ministro Celso de Mello.

acesso em razão de suas funções (art. 198 do CTN). Relativamente ao primeiro significado de publicidade (dever de transparência), constata-se que a regra contida no art. 198 do CTN é uma exceção ao princípio, e como tal deve ser tratada. Mas não só: o princípio da publicidade também assume o significado de “direito de acesso” e, como tal, se deixa descrever como um direito fundamental do cidadão e um dever da Administração.

3 A PUBLICIDADE COMO “DIREITO DE ACESSO”

Os direitos fundamentais constituem direitos subjetivos, entendidos como posições ou situações jurídicas fundamentais.¹⁸ Relativamente ao âmbito de proteção e suposto de fato do direito fundamental à informação (aquilo que é protegido sem qualquer consideração a restrições), estão a liberdade de o cidadão informar-se e todas as formas de ação que atingem a este fim. Protege-se a liberdade de informação porque esta é o pressuposto da publicidade democrática. Com isso, o direito à informação tem um alcance duplo, pois tanto é direito subjetivo no sentido de direito de defesa e de cooperação política (participação) como também é prescrição de competência negativa e elemento constitutivo da ordem democrática, na medida em que, sem liberdade de manifestação e de informação, não pode

18 Segundo Jellineck, as pretensões jurídicas que resultam do reconhecimento dos súditos como sujeitos de direito capazes de reclamar uma tutela efetiva são o que se designa por “direitos subjetivos públicos”. Sob esta expressão compreendem-se quatro relações possíveis entre o Estado e os administrados: status subjectionis (status passivo, de subordinação ou ausência de personalidade); status libertatis (status negativo, em que o indivíduo é titular de uma margem de liberdade individual, à margem da intervenção estatal); status civitatis (status positivo, em que o indivíduo tem direito a prestações); e status activae civitatis (situação em que o indivíduo é sujeito do poder político, tendo o direito de participar do poder). In: JELLINECK, Georg. *Diritti Pubblici Subbiettivi*. Trad. Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912. Todo o tempo e especialmente p. 96 e ss. Ver, também: HESSE, Op. cit., p. 230; ALEXY, *Teoría de los derechos...*, Op. cit., p. 247 e ss.

existir uma “opinião pública livre e bem informada ao máximo” e, por conseguinte, não pode existir “Estado Democrático de Direito”.¹⁹

Que o direito de acesso (direito à informação sobre a atividade dos poderes públicos) esteja estreitamente vinculado aos princípios constitucionais da soberania popular e da democracia é tão evidente que, na última metade do séc. XX, quando se começou a falar em participação, iniciou-se concomitantemente uma ampla reflexão a respeito da necessidade de “transparência” (publicidade) no Estados ocidentais. Esse movimento, aliás, é considerado uma espécie de “revolução copernicana”, que pôs em primeiro plano os direitos do cidadão e passou a repensar e reorganizar a Administração como estando a seu serviço, no sentido de que esta opera para tornar efetivo os direitos reconhecidos nas Constituições e nas leis de modo geral. No particular, o princípio do “segredo de Estado” foi substituído por aquele que lhe é diametralmente oposto, qual seja o da mais ampla publicidade.²⁰

Isso posto, tem-se que o direito de acesso é direito subjetivo público de dupla face, pois, além de ter uma função participativa (constitui a exteriorização do princípio democrático), representa uma concreta modalidade de exercício do direito à informação. Através dele, a “democratização” da Administração pode passar da genérica afirmação de princípio para uma concreta *praxis* aplicativa, porque, enquanto direito à informação sobre o desenvolvimento da atividade administrativa, é exercitável, seja na via instrumental (acesso ao procedimento administrativo), seja na via autônoma (extraprocedimen-

19 Cf. HECK, Luís Afonso. O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Alemã. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 250; HESSE, Op. cit., p. 305.

20 Cf. MARINANI, Op. cit., p. 1 e 2. No texto, o autor faz referência à “transparência” porque considera “publicidade” um *rectius*.

tal). Daí ser o direito subjetivo público de acesso, de um lado, direito do cidadão a ser informado e, de outro, dever da Administração ante a exigência de eficiência, moralidade e imparcialidade.

Os direitos fundamentais submetem-se a um regime geral, aplicável a todos os direitos fundamentais, quer sejam direitos, liberdades ou garantias, e a um regime específico dos direitos, liberdades e garantias. No primeiro caso, o regime está constituído pelo princípio da universalidade – os direitos fundamentais são “de todos”, são direitos humanos, embora se possa estabelecer reserva de direitos para os “cidadãos” – e pelo princípio da igualdade na aplicação e na criação do direito – igualdade formal e material – e pelo princípio do amplo acesso à Justiça. Já no que diz respeito ao regime específico, os direitos fundamentais vinculam entes públicos e privados, têm um âmbito de proteção delimitado e podem sofrer restrições. Exige-se reserva de lei e autorização constitucional expressa para a restrição. As leis restritivas devem observar o preceito da proporcionalidade e ter os atributos da generalidade e da abstração, além de não poderem ser retroativas. Salvaguarda-se o seu núcleo essencial e se limita a possibilidade de suspensão, nos casos de estado de sítio e de emergência.²¹

Dado que os direitos fundamentais têm determinados conteúdos que, por vezes, entram em conflito com outros bens²² ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe-se a observância do postulado da proporcionalidade em sentido estrito – ponderação – para o fim de obter-se a concordância prática entre eles. Por isso, muitas vezes, os direitos fundamentais sofrem restrições, isto é, o seu âmbito de proteção pode ser efetivamente limitado. Nesses casos, restringe-

21 Cf. CANOTILHO, Op. cit., p. 577-578; HESSE, Op. cit., p. 302 e ss.

22 Liberdades, situações, posições de direito ordinário.

se não só o bem protegido pela norma de direito fundamental, senão também um direito *prima facie* garantido.

As restrições só se dão por *reserva de lei*, isto é, são diretamente constitucionais, ou pela Constituição autorizadas, por meio de cláusulas explícitas de reserva. De qualquer modo, garante-se o conteúdo essencial do direito restringido, de modo que um direito fundamental não pode ser reduzido, a ponto de perder toda a sua importância para a vida social, existindo um núcleo que em nenhum caso pode ser afetado. Nos termos da teoria subjetiva das restrições, esse núcleo essencial é o que remanesce após a ponderação. Assim, um direito fundamental pode ser restringido, limitado, por outro direito fundamental ao qual se dá um peso maior.²³ Esse é exatamente o caso do direito de acesso, pois ele não é um direito absoluto: as Constituições que o preveem, via de regra, a ele impõem, direta ou indiretamente (pela cláusula de reserva explícita) restrições de várias ordens.

As limitações ao direito de acesso são as indicadas expressamente pela Constituição e pelas leis, ou aquelas remetidas à discricionariedade da Administração. Ressaltam inicialmente os casos de “exclusão obrigatória”, quais sejam aqueles em que estão em jogo a segurança e a privacidade. Daí os documentos considerados “de segredo de Estado” não serem acessíveis ao cidadão, bem como aqueles que dizem respeito aos procedimentos tributários, à planificação e programação da atividade administrativa e aos processos seletivos na parte em que estes contêm informações de caráter íntimo relativas a terceiros.

Assim, a Administração pode negar acesso a documentos quando o seu conhecimento possa afetar a segurança nacional, o

23 Cf. ALEXY, Teoría de los derechos... Op. cit., p. 272 e ss.

exercício da soberania, as relações internacionais e a tutela da ordem pública (prevenção e repressão da criminalidade). Por isso, o princípio da publicidade cede ou fica circunscrito, no plano objetivo e temporal, à exigência de salvaguardar a integridade do Estado democrático. Da mesma forma, se o conhecimento dos documentos prejudicar a política monetária e financeira, poderá ser negado, como também será negado o acesso a atos e documentos que afetem a vida privada, ou a privacidade, como em certos casos de instrução penal e dos processos judiciais que tramitam em “segredo de justiça”. Outras limitações podem ser citadas a título de exemplo, como aquelas relativas a segredos militares, científicos ou industriais, segredo profissional, etc., mas a mais relevante delas é, sem dúvida, a que diz respeito ao âmbito da garantia da privacidade (*privacy*).²⁴

4 A LIMITAÇÃO DADA PELA *PRIVACY*

A privacidade (*privacy*)²⁵ é um direito decorrente da afirmação da dignidade humana, e o seu conteúdo é largamente indeterminado, como no caso de “vida privada e família”, de modo que dele po-

24 Ver, no particular, disposições da Lei Federal de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011).

25 Para o tema “privacidade”, ver, em especial: BAGOLINI, Luigi. Il fondamento dei diritti umani. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Giufré, Milão, n. LVIII, 4, 1991, p. 3-11; BARBOSA, Silvio Henrique Vieira. Informação X Privacidade – O dano moral resultante do abuso da liberdade de imprensa. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, n. 73, 1995, p. 70-71; FERRARI, Janice Helena. Direito à própria imagem. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, RT, n. 4, 1993, p. 4-6; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 77-90; HABA, Enrique P. Droits de l’homme, libertés individuelles et rationalité juridique (Quelques remarques méthodologiques). Archives de Philosophie du Droit, Tome 25 (La Loi), Paris, Sirey, pp. 225 a 344; LIMA DA FONSECA, Antonio Cezar. Anotações aos Direitos da Personalidade. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, n. 715, 1995, p. 36-55; MARTINS-COSTA, Judith et al. A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Vie privée, vie familiale et droits de l’homme. Revue Internationale de Droit Comparé, Paris, n. 4, 1992; MIRANDA, Rosângelo R. Tutela Constitucional do Direito à proteção da própria vida privada. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, RT, n. 13, 1995, p. 158-186.

dem ser deduzidas consequências opostas. No catálogo dos direitos e liberdades fundamentais, o respeito à vida privada é um dos mais desconcertantes, tanto pelo seu aspecto de nebulosa indistinção quanto pela extraordinária confusão de fontes (fatos sociais juridicizáveis). Como se distingue a “vida privada” de outros atributos, direitos, bens da personalidade se todos esses bens – de natureza jurídica incerta – são eles mesmos parte da esfera privada de cada indivíduo?

A resposta não é simples e requer, primeiramente, que se determine a noção do que seja a vida privada. A proteção da vida privada inclui a de proteção à pessoa em todas as suas dimensões: vida e integridade física e moral, bem como identidade, honra, nome, imagem, domicílio, correspondência, fatos relativos à vida íntima, relações familiares e afetivas, mais liberdade de pensamento, de consciência, expressão, reunião.²⁶

Historicamente a proteção à vida privada e outros atributos da personalidade, ligados à pessoa humana, gozaram tradicionalmente de um regime particular, formando um entrelaçamento entre direito público e direito privado. Contudo, a originalidade do *Right of Privacy*, criado pela Suprema Corte Norte-Americana como emanção direta do *Bill of Rights*, reside no fato de erigir a pessoa em mestre absoluto de si mesmo, fazendo prevalecer este princípio sobre toda e qualquer outra consideração. Nessa construção, o indivíduo é o epicentro, de modo que a privacidade passa a ser considerada a liberdade por excelência.²⁷

26 Conforme o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, in verbis: “Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra ou reputação. Todo homem tem direito à proteção de lei contra tais interferências e ataques”. In: COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 233-234.

27A doutrina do right of privacy surgiu no caso Griswold, em que os julgadores Warren e Brandeis apresentaram um trabalho intitulado right of privacy. O juiz Cooley disse ser próprio da privacidade direito de

No Brasil, a tutela da vida privada se dá por vários meios, e o que está consagrado implicitamente é o direito à diferença e à exclusividade. José Afonso da Silva²⁸, por exemplo, entende ser a categoria maior o “direito à vida”, englobando dignidade da pessoa, direito à privacidade, integridade e existência. Em função da redação do art. 5º, inciso X, o direito à privacidade é mais amplo, abrangendo todas as manifestações da esfera íntima e privada da personalidade. Com isso, a privacidade seria o conjunto de informações acerca do indivíduo, que ele pode decidir manter sob seu controle ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente submetido. Esfera ampla, a privacidade abrange o modo de vida doméstico, as relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, nome, imagem, pensamento, segredos; consequentemente, constitui a privacidade a esfera secreta da vida do indivíduo, na qual este tem o poder legal de evitar os demais.

A tutela constitucional visa proteger os segredos da vida privada e a liberdade da vida privada, de modo que a divulgação, investigação e conservação de dados em documentos são consideradas

ser deixado tranquilo e de não ser arrastado à publicidade. Ver, por todos: RIGAUX, François. La liberté de la vie privée. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 3, 1991, p. 540-563. O caso: *Griswold v. Connecticut* /381 U.S. 479 (1965). Discutido em 29 de março de 1965 e decidido em 7 de junho de 1965. Objeto: Poder Judicial. Processo por danos pessoais. Fatos do caso: Griswold era a Diretora-Executiva da Liga de Connecticut para Planejamento Familiar (ou Paternidade Planejada). Ambos, ela e o Diretor Médico da Liga, deram informações, instruções e outros aconselhamentos médicos a casais sobre controle de natalidade. Griswold e seu colega foram condenados, com base em uma lei do estado de Connecticut, que criminaliza a provisão de aconselhamento e outros tratamentos médicos a pessoas casadas com o propósito de prevenir a concepção. Questão apresentada: A Constituição protege o direito à privacidade matrimonial contra restrições estaduais sobre a capacidade (disponibilidade) de um casal de ser aconselhado no uso de contraceptivos? Conclusão: Embora a Constituição não proteja explicitamente o direito geral à privacidade, as várias garantias contidas no Bill of Rights criam penumbras, ou zonas, que estabelecem o direito à privacidade. Juntas, a Primeira, Terceira, Quarta e Nona Emendas criam um direito constitucional novo, o direito à privacidade nas relações matrimoniais. O estatuto de Connecticut colide com o exercício deste direito e é, portanto, nulo. Texto completo e discussão disponíveis em: <<http://www.oyez.org/oyez/resource/case/149/abstract>> Acesso em: 27 dez. 2005. 28 Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editor, 1996.

violações. Segundo essa concepção, honra, imagem e nome não integram o conceito de “direito à vida privada”, constituindo objeto de um direito independente, qual seja o da personalidade, que se irradia em dois âmbitos: civil e penal. Melhor sistemática, entretanto, seria o tratamento constitucional unitário, pela noção ampla de direito à vida privada, porque, em determinadas situações, a proteção ao bem em perigo ou já afetado se realiza mediante a instrumentalização de normas pertinentes a dois ou mais direitos. Com isso, ressalta o valor sistemático da noção de “dignidade da pessoa humana”.

Assim, ante a colisão do direito fundamental à informação (direito de acesso) com a proteção da privacidade, há que se fazer uma ponderação. Na construção do Tribunal Constitucional Alemão – que tem servido de paradigma para a jurisprudência brasileira –, em uma ordem hierárquica, a proteção da personalidade precede sempre a liberdade de informação. Com isso, relativiza-se e restringe-se a liberdade de informação, mas esta ponderação é de “preferência condicionada”, e, no caso concreto, atenua-se o direito de acesso.²⁹

Casos há em que a lei determina sigilo parcial em favor da privacidade, como, por exemplo, em processos administrativos nos quais se apurem infração e a necessidade de se impor sanção até o momento em que houver decisão. A publicização “de mera imputação ainda não decidida pode significar, em alguns casos específicos, violação à integridade moral do acusado e condenação social antecipada”, assevera Carlos Ari Sunfeld.³⁰

Em síntese, quando se trata de restrições ao direito de acesso, ressaltam as hipóteses de segredo de Estado, do sigilo indispensável

29 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 122, 1994, p. 297-301.

30 SUNFELD, Carlos Ari. Princípio da Publicidade... Op. cit., p. 105.

ao exercício da atividade pública e aquele erigido em favor da *privacidade do cidadão*, mas, de qualquer modo, a indispensabilidade do sigilo sempre pode ser contrastável judicialmente. Não pairam dúvidas de que a regra contida no art. 198 do CTN diz respeito à *garantia da privacidade* dos cidadãos e, sendo assim, constitui uma *exceção ao postulado normativo da publicidade* (dever de transparência), bem como uma *restrição ao direito de acesso* (publicidade em sentido estrito).

Examinada a *razão que fundamenta* a regra, que é *proibir a divulgação, por funcionários da Fazenda, de dados relativos à privacidade dos contribuintes*, pode-se restringir o conteúdo da hipótese normativa para afirmar que a vedação legal diz respeito à divulgação da *situação fiscal geral* do contribuinte e não de *situações específicas* que já foram objeto de uma *publicização* em face de sua *processualização*. Recorrendo-se, então, às normas que dizem respeito ao *processo (judicial e administrativo)* e às *razões que as justificam*, é possível advogar o descumprimento parcial daquela regra. É preciso, no entanto, fundamentar racionalmente essa posição.

5 A PROCESSUALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO

5.1 Considerações gerais sobre o processo administrativo

Em que pese a noção de ato administrativo ainda ocupar um lugar central na formação do direito administrativo de cada país, o fato é que as insuficiências e limitações da doutrina clássica fizeram com que essa noção não pudesse mais ser o centro de gravidade da Administração, pois domínios inteiros estão subtraídos da atividade administrativa autoritária e unilateral, de modo que o ato administra-

tivo foi absorvido por formas de atividade cada vez mais complexas e articuladas. A resposta a este problema foi dada pela doutrina italiana, através da revalorização do procedimento, que supera o clássico dilema de saber se o ato administrativo deveria ser concebido à maneira de uma sentença ou negócio jurídico, isto é, uma das “formas de comunicação entre o poder público e os particulares”, ao lado da sentença e da lei. Com efeito, a aproximação da função administrativa com a função jurisdicional enquanto funções executivas “lançou os fundamentos teóricos da ideia de alternatividade do procedimento administrativo relativamente ao processo judicial.”³¹

Mesmo nos países em que se adota o sistema de dupla jurisdição, assevera Odeter Medauar, o termo “processo” pode ser utilizado na jurisdição administrativa e seria “processo jurisdicional administrativo” para deixar-se a locução “processo administrativo” para a esfera da Administração. Em todo o caso, advoga Medauar, a melhor expressão é “processo administrativo”, porque ela revela que “o procedimento com participação dos interessados em contraditório, ou seja, o verdadeiro processo” também ocorre na esfera da Administração Pública.³²

De fato, independentemente da polémica estabelecida sobre a melhor denominação (processo ou procedimento) nas doutrinas estrangeira e brasileira³³, pode-se fazer a distinção entre os dois vocá-

31 Cf. PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 1996, p. 320. Ver, também: MEDAUAR, Odete. In: Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, pp. 18 e ss.

32 MEDAUAR, A processualidade... Op. cit., p. 41.

33 Para Sérgio Ferraz, embora a formulação da expressão “processo administrativo” seja de “duvidosa técnica”, foi consagrada para dar conta de dois fenômenos: a dinâmica da atuação administrativa e o “procedimento que enseja a formulação das opções concretas e/ou políticas administrativas”. Até 1988, a sua doutrina era pouca, e a legislação, “parca”, encontrando-se o processo administrativo em alguns assuntos específicos, como o contencioso tributário e previdenciário, além da normação do processo administrativo disciplinar. Ainda que os textos constitucionais anteriores tivessem consagrado o “direito de petição” e o “direito de apresentação” – a serem exercitados pela via do processo administrativo –, a doutrina juspubli-

bulos em vários planos, como o fazem Benvenuti e Fazzalari. Segundo Fazzalari³⁴, “procedimento” na teoria geral do Direito apresenta-se como uma determinada sequência de normas, de atos por elas disciplinados e de posições subjetivas que têm em vista um ato final.

Dentre as várias formas procedimentais, exsurge o “processo” como sequência disposta de modo tal que, do *iter* de formação do ato, participam, além de seu autor, os destinatários do ato final, ou a quem este se destina para produzir efeitos. Com isso se explica a passagem do “procedimento” concebido somente como atividade preparatória do ato final para o “processo”: difundido o fenômeno da participação do interessado no caminho da formação do ato final, a estrutura “processo”, não frequentemente empregada no direito público, passa a ser utilizada para tornar transparente a atuação dos órgãos públicos, evitar lesões injustas e para tornar concreta e não episódica a participação do cidadão no governo da coisa pública.

O processo, assim, passa a ser visto como instrumento da vida democrática³⁵, e o que o distingue dos “procedimentos” em geral é

cista se interessava mais pelo exame do ato administrativo do que pela atividade administrativa e o “veículo de sua exteriorização – o processo administrativo”. No entanto, em texto mais recente, o autor justifica a opção pelo vocábulo “processo” por critérios lógicos (não se pode nominar a um só tempo o processo e o procedimento (em senso estritos)) administrativos, normativos (a Constituição e a Lei 9.784/99 adotam expressamente o termo) e ideológicos (o constituinte de 1988 supriu a ausência, reclamada pelos publicistas, de um processo administrativo com todas as garantias de um processo jurisdicional, na esteira das contribuições da doutrina germânica de que o processo é a relação jurídica entre o cidadão e o Estado que viabiliza e instrumentaliza o direito público subjetivo de solução imparcial dos litígios, inclusive quando o Estado é parte). Lafayette Pondé, ainda com uma visão de que o processo administrativo é somente o *iter* para o ato administrativo final, já advertia para a falta de um critério fixo de distinção entre “processo” e “procedimento” administrativo, asseverando que ora se acentua o caráter jurisdicional do primeiro, nos sistemas de dupla jurisdição, ora a ausência de interessados estranhos à administração, no segundo. Ver: MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2. ed. revista e aumentada. São Paulo: Malheiros, p. 37 e ss; PONDÉ, Lafayette. *Considerações sobre o processo administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 130, out./dez. 1977, p. 3; FERRAZ, Sérgio. *O processo administrativo e a Constituição de 1988*. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1/93, p. 85; FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, p. 34-35.

34 FAZZALARI, Elio. *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986. Verbetes: “Procedimento (teoria generale)”, p. 819 e ss.

35 Cf. FAZZALARI. *Op. cit.*, p. 820.

a existência de um contraditório: “o processo é um procedimento em que participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir efeito: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar a sua atividade”.³⁶ Essa participação do particular não é aquela prevista no procedimento de autorização ou em um órgão consultivo da Administração, e sim aquela que se estrutura em contraditório, isto é, a participação do destinatário do ato final na fase preparatória do mesmo implica que este seja considerado em simétrica paridade com, ao menos, a possibilidade abstrata de elaboração do conteúdo da decisão. Tal exigência se revela sempre que uma função se deva exercer com imparcialidade, porque esta, na dimensão negativa, significa o desinteresse de quem exerce a função e, na dimensão positiva, igual interesse de quem é chamado a ser destinatário de seu exercício.

Se o sistema constitucional é o centro do sistema político, nele se destacam o direito processual e o direito administrativo, e a noção e extensão da Administração pública “pode desdobrar-se em administração estatal, administração pública não estatal e administração privada controlada pelo poder público”³⁷, fazendo com que o direito administrativo compreenda “não só as normas regulamentadoras da estrutura e disciplina interna da Administração”, mas igualmente as normas que presidem a atuação dos agentes administrativos como “sujeitos de direito no exercício de seus poderes e no cumprimento dos seus deveres legais para com os administrados”.³⁸ Isto é assim porque, no direito administrativo surgido com o constitucionalismo,

36 Ibid., p. 827, in verbis: “il <processo> è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) anche coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l’autore dell’atto non possa obliterare le loro attività”.

37 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Procedimentos de exercício da Cidadania perante a Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, n. 207, jan./mar. 1997, p. 47.

38 Ibid., p. 48.

“perpassa a tensão entre o poder de decisão e de execução dos órgãos administrativos e a necessidade de defesa dos direitos e dos interesses dos administrados”.³⁹ Decorre daí a importância da tutela substantiva dos direitos subjetivos públicos do Estado e dos cidadãos, feita através de técnicas processuais administrativas e judiciais. O processo administrativo regula, então, o “exercício das prerrogativas públicas e os direitos subjetivos e liberdades públicas”.⁴⁰

Por essas razões, na sistemática brasileira, o processo administrativo, tanto na Constituição quanto na legislação ordinária, figura como garantia constitucional, inscrito no inciso LV do art. 5º, que dispõe sobre os direitos fundamentais. Na Constituição de 1988, além de estar previsto especificamente o processo administrativo, a ele também se aplica, por força do preceito inscrito no inciso LIV do art. 5º, a cláusula do devido processo de direito (*due process of law*), fazendo com que o processo administrativo seja um dos meios capazes de concretizar princípios e regras constitucionais, no plano da atividade administrativa.⁴¹

O processo tende a ser um instrumento para a realização da atividade administrativa, pois acaba definindo a própria forma desta, a teor do que ocorre com a função judicial através do processo ou com a função legislativa por meio do processo legislativo. Daí decorrem duas consequências: a primeira, de o procedimento jurisdicizar a atuação administrativa, “submetendo-a a regra ou pautas formais”; e a segunda, de o procedimento permitir “aos cidadãos conhecer, anteriormente, o desenvolvimento da atuação administrativa, garantindo assim a defesa de seus direitos e interesses frente a ela”.⁴²

39 Id.

40 Ibid., p. 50-51.

41 Cf. MEDAUAR, A processualidade... Op. cit., p. 73.

42 BARACHO, Teoria Geral... Op. cit., p. 53.

Ante essas considerações, pode-se relacionar processualização da Administração com um movimento em direção à sua legitimação e moralização, uma vez que é através da efetiva participação dos cidadãos na Administração que estes podem auxiliar aquela a definir o que é o interesse geral, já que este pertence ao corpo social e nasce da composição ente vários interesses públicos, privados e de grupos em conflito.⁴³

Modo de manifestação do processo, o contraditório é essencial às fases de constituição e de decisão, não tanto porque, nesta última, a parte intervenha ativamente, mas principalmente porque a posição da parte e o resultado de sua atividade o juiz imparcialmente deve ter em conta quando vai “dizer o direito”.⁴⁴ Que o processo administrativo, nestes termos, seja um “processo de partes”, é indubitável, principalmente aqueles tradicionais no âmbito da Administração, como o processo administrativo disciplinar e o processo tributário. Com isso, pode-se entender, como o faz Odete Medauar, na esteira de Benvenuti e Fazzalari, que “procedimento” é gênero do qual “processo” é espécie: procedimento é “representação da passagem do poder em ato”, consistindo em atos, que antecedem e preparam o ato final. Se houver cooperação de sujeitos, em contraditório, o “procedimento se expressa como processo”.⁴⁵

43 CF. GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 250 e ss. No texto, o autor afirma que “toda a principiologia da LPA vai ao encontro do que se pode chamar de ‘moralização’ [...] da Administração”, e que vai na esteira do entendimento da doutrina italiana que só uma lei geral sobre procedimento administrativo é capaz de moralizar a Administração e torná-la mais eficiente e imparcial.

44 BENVENUTI, Feliciano. *Enciclopedia del Diritto*. Vol. IX. Milano: Giuffrè, 1961. Verbete: “Contraddittorio (dir. amm.)”, p. 739.

45 MEDAUAR, A processualidade... Op. cit., p. 40. No texto, a autora ainda adverte que “todos os elementos do núcleo comum da processualidade podem ser detectados no processo administrativo”, tais como a transformação dos poderes administrativos em atos, a sucessão necessária e encadeada de atos, a distinção para com o ato final (“o estudo do processo administrativo não se confunde com o estudo do ato administrativo”) e a existência de um resultado unitário, para o qual convergem “as atuações interligadas dos sujeitos em simetria de poderes, faculdades, deveres e ônus, portanto, em esquema de contraditório”. *Ibid.*, p. 41.

Nessas condições, modernamente o processo tem sido utilizado como instrumento de proteção da cidadania e dos direitos fundamentais porque, no quadro geral (constitucional) das relações entre o cidadão e o Estado, ocorreram diversas situações, tais como a “maior tutela dos cidadãos no confronto com a Administração pública”⁴⁶, a participação nas decisões administrativas, o desenvolvimento da administração pactuada, a evolução do direito social, “o surgimento de novos métodos de legitimação da Administração”⁴⁷ e as “consequências decorrentes da integração comunitária”⁴⁸, de forma que a “garantia jurisdicional do cidadão, nas suas relações com a autoridade administrativa, constitui um dos problemas principais do Estado Democrático de Direito”.⁴⁹

Do fato de o processo administrativo assentar na cláusula do “*devido processo de direito*”, isto é, ser uma garantia que visa excluir a vontade arbitrária da atuação do poder, decorrem diversos princípios que o informam, tais como aqueles que aparecem formulados na Lei de Processo Administrativo brasileira (Lei nº 9.784/99). Dessa forma, o processo administrativo aberto, participativo, passa a ser um instrumento seguro de prevenção da arbitrariedade. Como afirma Ferraz, “dele não se pode abrir mão, minimamente que seja. Se bem é certo que a função administrativa não se perfaz somente pela via do processo administrativo, inequívoco que essa é via majoritária”.⁵⁰

46 BARACHO, Teoria Geral... Op. cit., p. 43.

47 Id.

48 Id.

49 Id.

50 FERRAZ & DALLARI, Processo Administrativo... Op. cit., p. 24.

6 PROCESSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E A NATUREZA DO TART

6.1 O contencioso tributário

Se o contribuinte não concordar com um lançamento (*acertamento*), poderá impugná-lo, instituindo, assim, o *contencioso tributário* (controvérsia entre o Fisco e o contribuinte acerca da existência, das características ou do montante da obrigação tributária).⁵¹ O contencioso tributário tem certas características, tais como constituir uma contribuição ou uma antecipação ou uma abertura do processo de lançamento, pois, se o contribuinte contesta os resultados do lançamento, este fica suspenso até a decisão do processo, constituindo esta última o lançamento definitivo; se pede uma restituição, ocorre revisão do processo que deu origem ao pagamento, e quando o contribuinte alega algum direito seu antes mesmo do Fisco iniciar o procedimento, ocorre um antecipação do lançamento, que deveria ocorrer mais tarde. Em decorrência, ocorre a segunda característica: o contencioso se inicia, sempre, por vontade do contribuinte. Em decorrência do contencioso tributário, instaura-se o *processo tributário*, que disciplina o procedimento de imposição, arrecadação, fiscalização, cobrança, impugnação, decisão e recursos referentes à obrigação tributária.

Assim, quando o Código Tributário Nacional alude ao *contencioso administrativo*, ou ao *procedimento*, está a referir-se ao exercício de *função jurisdicional*, isto é, a processo em sentido estrito (art.

51 GOMES DE SOUZA, Rubens. Compendio de legislação tributária. 3. ed. São Paulo: Financieiras, 1960; GOMES DE SOUZA, Rubens. Idéias gerais para uma concepção unitária e orgânica do processo fiscal. Revista de Direito Administrativo, n. 34, p. 14-33, 1953.

142). Essa compreensão também está na base da regulação contida no Decreto Federal nº 70.235/72 e da Lei Complementar Municipal nº 07/73 e seus decretos regulamentadores, que regulam o processo administrativo fiscal federal e municipal, respectivamente.

6.2 O processo tributário *stricto sensu* no âmbito do município de Porto Alegre

A instauração do procedimento tributário, que se convola em processo se houver contestação por parte do contribuinte, dá-se pelo ato formal da autoridade competente, cientificando o sujeito passivo da obrigação tributária, ou da Intimação Preliminar e do Auto de Infração, no caso de infrações (arts. 59, 60 e 61 da Lei Complementar nº 07/73). Nos termos do art. 300 do Decreto 5.815/76, o processo do contencioso administrativo fiscal pode ser interposto para impugnação de Auto de Lançamento, Auto de Infração ou Auto de Infração e Lançamento e tem por objetivo *“a solução de litígios de natureza tributária na esfera administrativa e a tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos”*. Nos termos da lei, a primeira fase, que é a do *procedimento*, inicia com a impugnação da exigência, através de *Processo Administrativo de Reclamação*, que poderá ser interposto independentemente de prévio depósito, no prazo de até 30 (trinta) dias contados da data da notificação do lançamento (art. 302, *idem*).

No que diz respeito à fase de *competência* (julgamento de primeira e segunda instância), o Decreto Municipal dispõe que a reclamação é julgada, em primeira instância, pela *Unidade do Normativo e Contencioso*, órgão de deliberação interna da Câmara de Gestão Tributária da Secretaria Municipal da Fazenda. Dessa decisão não cabe

pedido de reconsideração, mas, no caso de decisão denegatória de reclamação tempestiva, é facultado ao contribuinte inconformado recorrer ao TART. O artigo 311 do referido Decreto prevê as situações em que o Secretário Municipal da Fazenda recorrerá de ofício ao TART, garantindo-se, com isso, o duplo grau de jurisdição neste particular.

6.3 Garantias processuais do contribuinte

Aos litigantes em processo administrativo fiscal se estendem todas as garantias processuais previstas na Constituição Federal porque tais garantias, além de serem instrumentos de defesa do contribuinte contra os excessos do Estado, asseguram o bom funcionamento da Justiça Administrativa. Assim, a *imparcialidade*, prevista no parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar Municipal nº 534, criou e institucionalizou o Tribunal Administrativo de Recursos Tributários do município de Porto Alegre. Tal postulado decorre do princípio da impessoalidade que, vinculando à Administração Pública, se deixa compreender, segundo Ana Paula Ávila⁵², como objetividade (ou impessoalidade *stricto sensu*) – proibição de tratamento pessoal, de discriminação (favorecimento), com vistas à preservação da igualdade –, como neutralidade – proibição de que os seus agentes sobreponham as suas convicções aos interesses que são de todos – e como *imparcialidade*. Por esse postulado normativo, que decorre de duas regras essenciais – *nemo iudex in causa propria* e *audiatur et altera pars*⁵³ –, fica claro que, tanto na dimensão de impermeabilida-

52 ÁVILA, Ana Paula de Oliveira. O Princípio da Impessoalidade na Administração Pública. Por uma Administração Imparcial. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Editora Renovar, 2004, *passim*.

53 Proíbe-se, pela primeira regra, o exercício de poderes funcionais por quem tenha interesse pessoal – direto ou indireto – nas questões controvertidas; pelo segundo, exige-se o contraditório e a participação de todos os interessados na decisão.

de aos interesses exteriores quanto na da necessidade de ponderação de todos os interesses relevantes no contexto decisório, o dever de transparência exterioriza a impessoalidade na atividade administrativa, sendo, pois, o seu pressuposto.

Da mesma forma, garante-se o *contraditório* e *direito à prova*, permitindo a concretização da ação e da defesa, influenciando de forma definitiva no resultado do processo. Os documentos probatórios juntados aos autos sempre devem ser objeto de ciência à contraparte (contraditório). Decorrente do princípio da publicidade, entendido como direito de acesso, está a garantia de *motivação*, sob pena de nulidade da decisão. No *iter* de individualização da pena (no âmbito das sanções administrativas fiscais), a motivação deve exprimir um conteúdo fático extraído do processo, e qualquer decisão baseada em laudo pericial imotivado deve ser reformada. Na motivação, a autoridade julgadora deve fazer referência aos argumentos expostos pelo contribuinte.

A exigência de motivação dos atos administrativos é uma decorrência, não só do princípio da publicidade entendido como direito de acesso como também do princípio do Estado de Direito, que exige a fundamentação das decisões judiciais. Ora, se a atividade administrativa vem formulada em esquema processual, toda e qualquer decisão, principalmente se for emitida em um processo administrativo, deverá ser motivada, isto é, deverá ser explícita, clara e congruente. Com o acesso à motivação, o cidadão fica sabendo o porquê das decisões administrativas, e a Administração explica as razões de sua decisão. A problemática da fundamentação dos atos administrativos – exposição das razões ou motivos da decisão ou recondução do decidido a um parâmetro que a justifique – está associada, no aspecto formal, à

publicidade e, no aspecto material, à legitimidade que, ainda por ser bastante complexa, não tem solução uniforme nos vários ordenamentos jurídicos. O ponto comum entre os ordenamentos que determinam uma fundamentação expressa dos atos administrativos e aqueles que não a determinam expressamente está em que, na maioria dos casos, é necessário fundamentar aqueles atos administrativos que afetam desfavoravelmente os direitos e interesses dos particulares.⁵⁴ Cada país resolve a questão da obrigatoriedade de motivação ou fundamentação dos atos administrativos nos limites de sua tradição, mas o certo é que isso vem impondo-se paulatinamente como um dever da Administração e um direito do cidadão, reconduzíveis à publicidade.⁵⁵

O TART é *tribunal administrativo*, isto é, órgão de decisão administrativa de segunda instância, competindo a ele decidir, em grau de recurso, sobre questões de natureza tributária, suscitadas entre a Fazenda Municipal e os contribuintes. Por conseguinte, se estão assegurados aos contribuintes a ampla defesa, a imparcialidade e o tratamento igual, as suas decisões e sessões *sempre devem ser públicas*, porque é de jurisdição que se está a tratar (jurisdição administrativa, mas ainda jurisdição).

Daí se aplicar ao processo administrativo fiscal a regra contida no inciso LX do art. 5º da Constituição, porque, no julgamento de um

54 Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos Vieira. O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003, p. 11 e 17.

55 Em Portugal, há dever de fundamentação expressa dos atos desfavoráveis; na Espanha, resulta de vários textos legislativos, mas não é uma obrigação legal geral; na França, o princípio tradicional de não motivação vem sendo paulatinamente adotado, principalmente após a lei de 11 de julho de 1979, que determinou esta obrigação para uma série de decisões de caráter individual, e a circular de 28 de setembro de 1987 determinou que os ministérios motivassem uma série de decisões, que vieram referidas em uma lista anexa; na Alemanha, a Lei de Procedimento Administrativo Federal e as dos Länder impõem a motivação dos atos administrativos, salvo exceções previstas nestas mesmas leis. No Brasil, há determinação análoga na Lei de Processo Administrativo, mas justamente porque será objeto de análise na segunda parte deste trabalho, deixa-se, por ora, de tecer maiores considerações sobre a questão. Para isso, ver: DEBBASCH, La Transparence Administrative en Europe... Op. cit., passim.

processo no TART, a *situação fiscal do contribuinte – a sua intimidade* – não vem à tona: a discussão e decisão do tribunal sempre dirá respeito tão somente ao *objeto do litígio* e não a outras considerações a respeito de sua situação econômica ou financeira ou sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades. Ademais, o litigante em processo administrativo fiscal poderá, se assim o quiser, requerer que o seu processo seja julgado em segredo de justiça, desde que o faça expressamente, a teor do que ocorre nos processos judiciais. Para tanto, essa possibilidade deverá estar prevista no Regimento Interno do TART, a ser oportunamente formulado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, não há contradição entre a Lei Complementar Municipal nº 543/2005 e o Código Tributário Nacional, ou dito de outro modo, o dever de publicidade a que se refere o art. 18, parágrafo único, inciso VI da lei municipal, não colide com a proibição de divulgação de dados fiscais prevista no art. 198 do CTN por várias razões. A primeira é a de que o que está em discussão é a contradição entre um princípio e uma regra, de modo que a solução depende não de uma ponderação, mas de uma verificação do conteúdo e razão das normas envolvidas. Verificado o primeiro significado da publicidade, conclui-se que é um postulado normativo – o do *dever de transparência*. Tal dever é elemento essencial do Estado de Direito no sentido de que indica um dever para a Administração e os poderes públicos em geral, qual seja, o de agir sempre de forma visível, favorecendo o controle dos cidadãos seja para garantir os seus direitos fundamentais, seja para exigir a tutela impessoal dos interesses públicos. Tal dever,

inscrito no art. 37 da CF, *caput*, é objeto de exceções, todas previstas na Carta Magna e na legislação ordinária.

Ademais, na discussão sobre as exceções ao postulado da publicidade, ressaltam aquelas decisões do poder que, se publicizadas, podem ameaçar a segurança e a existência mesma da *res publica*: é o caso dos chamados *arcana imperii*, que têm o objetivo de conservar o Estado e a forma de governo existente. Assim, no Brasil, é a própria Constituição que estabelece o dever de segredo em muitas circunstâncias, tais como aquelas que servem para proteger a intimidade das pessoas (âmbito da *privacy*), resguardar o sigilo da fonte quando este é necessário ao exercício profissional, ou aqueles que servem para proteger detentores de cargo político.

O princípio de publicidade também se deixa descrever com “direito de acesso” (publicidade *stricto sensu*) e, nesse caso, é direito ligado à liberdade de informação (direito fundamental do cidadão e um dever da Administração). Quando se trata de restrições ao direito de acesso, ressaltam as hipóteses de segredo de Estado, do sigilo indispensável ao exercício da atividade pública e aquele erigido em favor da *privacidade do cidadão*. A regra contida no art. 198 do CTN diz respeito à *garantia da privacidade* dos cidadãos e, sendo assim, constitui uma *exceção ao postulado normativo da publicidade* (dever de transparência), bem como quando uma *restrição ao direito de acesso* (publicidade em sentido estrito).

Finalmente, examinada a *razão que fundamenta* a regra – *proibir a divulgação, por funcionários da Fazenda, de dados relativos à privacidade dos contribuintes* –, pode-se restringir o conteúdo da hipótese normativa para afirmar que a vedação legal diz respeito à divulgação da *situação fiscal geral* do contribuinte e não de *situações*

específicas que já foram objeto de uma *publicização* em face de sua *processualização*. Recorrendo-se, então, às normas que dizem respeito ao *processo (judicial e administrativo)* e às *razões que as justificam*, é possível fundamentar o descumprimento parcial daquela regra.

Isso é assim porque, na Constituição de 1988, além de estar previsto especificamente o processo administrativo, a ele também se aplica, por força do preceito inscrito no inciso LIV do art. 5º, a cláusula do devido processo de direito (*due process of law*), fazendo com que o processo administrativo seja um dos meios capazes de concretizar princípios e regras constitucionais no plano da atividade administrativa. Advém daí que ao processo administrativo fiscal se aplica a regra contida no inciso LX do art. 5º da Constituição, porque, no julgamento de um processo no TART, a *situação fiscal do contribuinte – a sua intimidade* – não vem à tona: a discussão e decisão do tribunal sempre dirá respeito tão somente ao *objeto do litígio* e não a outras considerações a respeito de sua situação econômica ou financeira ou sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades. Ademais, o litigante em processo administrativo fiscal poderá, se assim o quiser, requerer que o seu processo seja julgado em segredo de justiça, desde que o faça expressamente, a teor do que ocorre nos processos judiciais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Derecho y Razon Practica*. Mexico: Distribuciones Fontamara, 1993.

_____. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução castelhana da 1. ed. de *Theorie der Grundrechte* Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARENDR, Hannah. *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

ÁVILA, Ana Paula de Oliveira. *O Princípio da Impessoalidade na Administração Pública*. Por uma Administração Imparcial. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Editora Renovar, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, jan./mar. 1999.

BAGOLINI, Luigi. Il fondamento dei diritti umani. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Giuffrè, Milão, n. LVIII, 4, 1991.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Procedimentos de exercício da Cidadania perante a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, n. 207, jan./mar. 1997.

BARBOSA, Silvio Henrique Vieira. Informação X Privacidade – O dano moral resultante do abuso da liberdade de imprensa. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 73, 1995.

BENVENUTI, Feliciano. *Enciclopedia del Diritto*. Vol. IX. Milano: Giuffrè, 1961. Verbete: “Contraddittorio (dir. amm.)”.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução brasileira de *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco* por Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.].

DEBBASCH, Charles. Introduction. In: *La Transparence Administrative en Europe*. Actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.

DIÉZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

_____. ¿Es el derecho un sistema de reglas? *Cuadernos de Crítica 5*, Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Autónoma de Mexico, 1977.

ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FAZZALARI, Elio. *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986. Verbetes: "Procedimento (teoria generale)".

FERRARI, Janice Helena. Direito à própria imagem. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 4, 1993.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAZ, Sérgio. O processo administrativo e a Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, [s.d].

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES DE SOUZA, Rubens. Idéias gerais para uma concepção unitária e orgânica do processo fiscal. *Revista de Direito Administrativo*, n. 34, p. 14-33, 1953.

_____. *Compendio de legislação tributária*. 3. ed. São Paulo: Financeiras, 1960.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

HABA, Enrique P. *Droits de l'homme, libertés individuelles et rationalité juridique: quelques remarques méthodologiques. Archives de Philosophie du Droit*, Paris, v. 25, p. 225-344, [s.d.].

HABERMAS, J. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Tradução brasileira de *Strukturwandel des Öffentlichkeit* Flávio Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Alemã. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

JELLINECK, Georg. *Diritti Pubblici Subbiettivi*. Tradução italiana da 2. ed. alemã por Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Tradução espanhola de *Metaphysik des Sitten* por Adela Cortina Orts e Jesus Conill Sancho. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

_____. *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Tradução portuguesa de *Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Entwurf, etc.* por Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LIMA DA FONSECA, Antonio Cezar. Anotações aos Direitos da Personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 715, 1995.

MAIHOFER, Werner. Princípios de una democracia en libertad. In: HEYDE, Wolfgang (org.). *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução espanhola de *Handbuch des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

MARIANI, Marco. *Il diritto di accesso dopo la riforma dell'azione amministrativa: legge 11 febbraio 2005, n. 15*. Torino: Giappichelli, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith et al. *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, n. 122, Brasília, 1994.

MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Vie privée, vie familiale et droits de l'homme. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 4, 1992.

MIRANDA, Rosângelo R. Tutela Constitucional do Direito à proteção da própria vida privada. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, n. 13, 1995.

MOREIRA, Egon Bockman. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2003.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 130, out./dez. 1977.

RIGAUX, François. La liberté de la vie privée. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 3, 1991.

RIVERO, Jean. Rapport de Synthèse. In: DEBBASCH, Charles. *La Transparence Administrative en Europe*. Actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editor, 1996.

SUNFELD, Carlos Ari. Princípio da Publicidade Administrativa (Direito de Certidão, Vista e Intimação). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, jan./mar. 1995.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos Vieira. *O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003.

WALDMAN, Ricardo Libel. Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin. *Direito & Justiça*. *Revista da Faculdade de Direito da PUCRS*, Porto Alegre, Edipucrs, v. 25, ano XXIV, 2002/1.

ISBN 978-85-69568-00-1



9 788569 568001