

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 1, número 1 – abr/2005/ mar/2006



ISSN 1809-7278

REVISTA BRASILEIRA
DE ESTUDOS JURÍDICOS

v.1, n.1 – Anual – Montes Claros, MG – abr/2005 – mar/2006

FACULDADES SANTO AGOSTINHO

Diretor das Faculdades de: Ciências Exatas e Tecnológicas
Santo Agostinho, Ciências Sociais Aplicadas Santo
Agostinho, Ciências Sociais Aplicadas Santo Agostinho de
Pirapora, Saúde e Desenvolvimento Humano Santo
Agostinho e do Instituto Superior
de Educação Santo Agostinho
Prof. Dr. Elton Dias Xavier

Coordenadora do Curso de Administração com Linhas de
Formação Específicas em: Agronegócios, Comércio
Exterior, Gestão de Negócios e Marketing
Profª. Msc. Sheila Cristina Tolentino Barbosa

Coordenador do Curso de Administração de Pirapora
Prof. Msc. André Luiz Pereira Mori

Coordenador do Curso de Arquitetura e Urbanismo
Prof. Msc. Antônio Augusto Pereira Moura

Coordenador do Curso de Direito
Prof. Msc. Famblo Santos Costa

Coordenadora do Curso de Engenharia Ambiental
Profª. Msc. Leila Tolentino Barbosa

Coordenador do Curso de Engenharia Elétrica
Prof. Msc. Antônio Eugênio Silva

Coordenador do Curso de Engenharia de Produção
Prof. Alessandro Gonçalves

Coordenador do Curso de Farmácia
Prof. Msc. Waldemar de Paula Júnior

Coordenadora do Curso de Serviço Social
Profª. Msc. Juliana dos Santos

Coordenador do Curso de Sistemas de Informação
Prof. Msc. João Batista Vieira

INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

Diretor: Prof. Msc. Marcos Fábio Martins de Oliveira

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Coordenador de Publicações/ Editor
Prof. Dr. Anelito de Oliveira

Conselho Editorial
Prof. Dr. Elton Dias Xavier, Prof. Msc Famblo Santos
Costa, Prof. Msc. Herbert Gonçalves da Silva, Prof. Msc.
Richardson Xavier Brant, Prof. Msc. Waldir de Pinho
Velooso, Prof. Msc. Marcos Fábio Martins de Oliveira

Conselho Consultivo
Prof. Adilson José Moreira (Harvard Law School),
Prof. Dr. Sérgio Rezende de Barros (Universidade de
São Paulo-USP),
Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto (Universidade
Federal de Minas Gerais- UFMG),
Profª. Dra. Margarida de Oliveira Cantarelli (Universidade
Federal de Pernambuco- UFPE),
Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
(Universidade Federal de Minas Gerais- UFMG),
Profª. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade (Universidade
Federal de Santa Catarina- UFSC),
Prof. Dr. Régis Fernandes de Oliveira (Universidade de
São Paulo - USP)

Diagramação
Divisão de Comunicação e Marketing
Coordenadora: Naiara Vieira Silva
Diagramadora: Maria Rodrigues Mendes

Revisão Ortográfica
Prof. Waldir de Pinho Veloso
Profª. Nely Rachel Veloso Lauton

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS – Faculdades Santo
Agostinho: v.1, n. 1. Montes Claros (MG): Editora da Fundação Santo
Agostinho, abr. 2005 / mar. 2006 –. Anual.

v.: 17 x 25,5 cm

ISSN: 1809-7278

1 - Direito

Catálogo: Fábio Leandro Cericola Lopes - Bibliotecário CRB6 2733
Fonte: NBR 6023.2000

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
ARTIGOS	
A corrupção como desvio de recursos públicos: a agressão aos direitos humanos REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA.....	9
Responsabilidade civil de empresa concessiária de serviços de telefonia ROGÉRIO MEDEIROS GARCIA DE LIMA.....	19
Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da criança e do adolescente FAMBLO SANTOS COSTA.....	35
ARGUMENTO JURÍDICO	
Direito e Democracia	
A coesão interna entre Estado de Direito e democracia no marco da teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA.....	51
Direito, democracia e processo constitucional segundo John Hart Ely, Ronald Dworkin e Robert Alexy MARCELO CUNHA DE ARAÚJO.....	63
Os mecanismos institucionais do Estado democrático ateniense LUÍS FILIPE TROIS BUENO E SILVA.....	85
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO	101

EDITORIAL

Elton Dias Xavier
Faculdades Santo Agostinho

Famblo Santos Costa
Faculdades Santo Agostinho – Unimontes

Anelito de Oliveira
Faculdades Santo Agostinho – Unimontes

Finalmente, depois de um longo trabalho iniciado há quase dois anos, temos a grata satisfação de entregar à comunidade acadêmica de Direito a nossa **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**. Trata-se aqui do famoso número “1”, marco inicial da vida de uma publicação que pretende ter o seu próprio lugar entre as inúmeras de uma área tão fértil editorialmente.

Logo, gostaríamos de contar com uma dose ainda maior de generosidade dos nossos leitores, não só com aquela generosidade que, comumente, dedicamos ao novo. Gostaríamos de contar com a generosidade, talvez até com a benevolência, que dedicamos àquilo que, além de novo, ainda é ousado, aquilo cuja novidade não se esgota na aparência.

Nova é esta revista, e ousado é o seu propósito, explicitado já no título. Não se trata de uma publicação científica voltada exclusivamente para questões locais, aquelas que permeiam o espaço geográfico onde se situa a nossa Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). Trata-se de uma publicação que, sem ignorar tais questões, pretende contemplar um universo mais amplo, o país.

Tal objetivo soa, à primeira vista, como falta de modéstia, mas imodestos seríamos, de fato, se reduzíssemos a problemática jurídica a um município ou a uma região. A “forma jurídica”, lembrando os termos de M. Foucault, é a mesma para todos os lugares regidos pelos mesmos códigos; o que varia é a sua aplicação ou não, ato que pressupõe sua interpretação, acatamento ou negligência.

À medida que regulamentações locais não chegam a constituir uma nova realidade jurídica, mas uma variação do que está previsto pelas leis gerais, nosso objeto de reflexão só pode ser o fundamento, a essência do que vemos na *quotidianità*, no *modus vivendi* do

essere sociale, conforme se expressa o último G. Lúckacs.

Ao colocar em questão o fundamento, visando a sua elucidação, cremos contribuir, efetivamente, para a solução de problemas locais, que dificultam, sobremaneira, a vida dos brasileiros.

Um desses problemas é a corrupção, que neste número é abordada pelo prof. Régis Fernandes de Oliveira; outro, não menos importante, é a relação entre sociedade civil e empresas de telefonia, tema do artigo do prof. Rogério Medeiros Garcia de Lima; e um terceiro problema, que atinge proporções gravíssimas, é a questão da dignidade da pessoa humana em face dos direitos da criança e do adolescente, assunto de que se ocupa o artigo do prof. Famblo Santos Costa.

São problemas que apenas se *atualizam* no local, que *tomam forma* em cada município ou região da Federação, mas cuja causa é global, seu fundamento é o mesmo, um fundamento brasileiro, digamos. A compreensão desse fundamento, evidentemente, não é possível sem que nos reportemos a questões mais amplas, àquelas que dizem respeito à civilização como um todo, especialmente a civilização Ocidental.

Uma dessas questões é a relação entre Direito e Democracia, que elegemos como primeiro tema da seção Argumento Jurídico, uma vez que, por feliz coincidência, apresentou-se-nos explorada, com fôlego ensaístico, pelos profs. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Marcelo Cunha de Araújo e Luís Filipe Trois Bueno. O primeiro enfoca a questão da coesão entre Estado de Direito e Democracia em Habermas, o segundo explicita o modo como se relacionam Direito, Democracia e Processo Constitucional em Ely, Dworkin e Alexy, enquanto o terceiro elucida os mecanismos institucionais que configuravam a democracia no Estado da antiga Atenas.

Com esta segunda seção, deixamos claro, para os nossos leitores, que o compromisso da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** é com a divulgação de um conteúdo que se equilibra entre teoria e prática, de maneira a configurar uma publicação útil a professores, pesquisadores, juízes, juristas, acadêmicos, advogados, profissionais em geral da área de Direito, bem como outros profissionais, especialistas e, também, leigos.

Nosso intuito soberano é ofertar a todos uma revista de qualidade, orientada pelos princípios que fazem da nossa Faculdade de Direito uma das mais procuradas por alunos do Norte de Minas, de outras regiões do Estado e do País.

O marco dessa qualidade está bem claro, na seção de Abertura deste primeiro número, com a publicação exclusiva em língua portuguesa, autorizada por seu autor, do ensaio “Elogio à teoria”, de Ronald Dworkin, em tradução do prof. Dr. Elton Dias Xavier.

Enfim, resta-nos agradecer aos professores que colaboraram com este número; dizer que esta revista terá periodicidade anual e que consideramos imprescindível o seu retorno, leitores, para o bom andamento de nossos trabalhos.



A R T I G O S

A corrupção como desvio de recursos públicos: a agressão aos direitos humanos

Régis Fernandes de Oliveira
USP

RESUMO

A questão da corrupção em face dos direitos humanos no Brasil, sua relação com a natureza psíquica do brasileiro, com a ordem política vigente, os modos pelos quais a corrupção prejudica a gestão pública, por um lado, e viabiliza o desenvolvimento social, por outro, são fatores considerados neste texto que, ao final, reflete sobre possíveis formas de combate à corrupção.

1 Introdução

Conceito - O normal na vida das pessoas é o pagamento dos tributos, quando devidos. Todos têm o dever de colaborar para o suporte das despesas que o Estado tem no cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Ocorre que, de uma forma ou de outra, as pessoas procuram caminhos (ou descaminhos) de elisão, evasão ou quaisquer outros meios, de não arcar com a carga tributária. Não só a elisão ou evasão, repita-se, mas se valem dos meandros, dos desvios comportamentais para não pagarem os impostos. Sonegam seu pagamento, desviam mercadorias, buscam receber serviços em moeda estrangeira, mantendo contas no exterior ou cooptam agentes públicos para que evitem exigir o imposto, quando devido ou, por fim, valem-se, em colaboração com estes, dos mais diversos meios para ilaquear a boa-fé, obter vantagem indevida, e sempre causam danos ao erário. É a corrupção.

No conceito de Huntington (1975, p. 72), é “o comportamento de autoridades públicas que se desviam das normas aceitas, a fim de servir a interesses particulares”. Repare-se que não são só as autoridades que se envolvem, mas também seus agentes. O servir a interesses particulares pode ser para obtenção de alguma vantagem ou não e independe de causar ou não lesão ao patrimônio público. Ferreira Filho (1991, p. 1-18) define a corrupção como “a conduta de autoridade que exerce o poder de modo indevido, em benefício de interesse privado, em troca de uma retribuição de ordem material”.

Ferreira Filho (1991, p. 13) indaga dos motivos que levam à corrupção e esclarece ser o mesmo que saber por que se peca. Diz:

Fato é que sempre houve quem corrompesse e quem se corrompesse em todas as sociedades conhecidas. Para isto, fatores pessoais e circunstâncias, que é impossível resumir, sempre contribuem. Entretanto, há fatores gerais que a isso estimulam, como há outros que a tanto desencorajam, os quais se identificam com um pouco de bom senso e alguma experiência de vida.

2 Psicologia do brasileiro

Como bem anota Silva (1999, p. 26-41), o brasileiro tem comportamento paradoxal. É crítico acerbo da conduta antiética, pública ou privada. No entanto, ao mesmo tempo, comete comportamentos anéticos, diariamente, quando busca dar propina para guardas de trânsito, no caso de infração, para evitar a aplicação de multa, paga servidores públicos para não serem autuados, admite a sonegação como necessária para a sobrevivência de empresas, exerce atividades que a lei municipal proíbe. Cria um escudo que não o atinge, sendo crítico do comportamento do outro, mas descobrindo desculpas para aliviar sua consciência.

Como anota o autor citado, “brazilians ignore or tolerate corruption or just accept it as a cultural feature of de homus brasiliensis” (SILVA, 1999, p. 30). De outro lado, é bom

anotar que o problema não é brasileiro, mas universal.

Um dos estímulos é a impunidade. Da mesma forma, o grau de reprovação. Se nada acontece com o servidor que recebe vantagem indevida, estando ciente seu colega, fica este estimulado a ter o mesmo comportamento, vendo o “sucesso” financeiro do outro. De outro lado, se a convivência continua e o corrupto aproxima-se do centro de poder, dele tornando-se íntimo, sem qualquer reprovação, há o estímulo para que o colega também se corrompa. Multiplicam-se as hipóteses, os seres humanos e os interesses nada nobres.

3 Democracia e corrupção

Nenhuma razão há para que se possa afirmar a existência de elo entre democracia e corrupção. Ao contrário, quanto mais forte a dose de democracia, menos possibilidade têm os comportamentos ilícitos de prosperar. Nas ditaduras é que ela pode germinar e, sub-repticiamente, estender seus tentáculos em todas as áreas, minando a Administração Pública. Mediante resistência e lutando pela liberdade de expressão é que se pode controlar condutas antijurídicas. Sem dúvida alguma, só a democracia não é suficiente para eliminar a corrupção. Esta anda no submundo, na calada das noites, nos desvãos de mentes pervertidas. Logo, ao lado da democratização das instituições, impõe-se democratizar a sociedade e permitir a participação desta nas estruturas burocráticas.

O mencionado autor conclui seu estudo afirmando que a corrupção “is an institutional phenomenon, and the Brazilian case confirms this assertion” (SILVA, 1999, p. 39), produzindo conseqüência, como fato econômico.

4 Formas de prejuízos

A conseqüência da corrupção, no setor público, redundando em sérios danos para o país. Decorrencia de comportamentos ilegais significa menos pagamento de tributos ou não ingresso de receitas, o que causa amargo prejuízo aos objetivos públicos. É que, tendo o Poder Público como objetivos fundamentais a educação, a saúde, a defesa externa, a justiça, a habitação e o transporte, tudo fica muito prejudicado, uma vez que, não tendo recursos, ou sendo eles devidos, há fatal prejuízo à boa prestação de tais serviços. Em suma, há séria perda da população, diante dos desvios dos ingressos públicos que, em decorrência da corrupção, deixam de vir para os cofres do Estado.

Os prejuízos decorrem não só do não ingresso, mas de despesas aumentadas, o que ocorre, por exemplo, com elevação dos valores de venda apresentados ao Poder Público em licitações. Como há a institucionalização dos “20%” que devem ser pagos aos agentes políticos ligados à obra, ao serviço ou compra, os valores formulados nas propostas comerciais, normalmente, estão acima do mercado, o que obriga maior dispêndio de recursos para obter o mesmo bem. Muitas vezes, os editais já são preparados para que

determinada empresa ganhe o objeto do contrato, o que, evidentemente, irá encarecer seu montante. De outro lado, são as “revisões” dos valores contratuais que, ainda que com previsão em lei, superam os parâmetros de mercado.

Também pode a corrupção decorrer de renúncia fiscal, ou seja, incentivos que são outorgados a determinadas pessoas ou em razão de algum fato, que significam menos recursos que irão abastecer os cofres públicos.

O agente público pode praticar atos que prejudiquem o patrimônio público, seja conluiado com outros agentes, seja com particulares. De qualquer forma, seu comportamento implica dano ao erário. A Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, estabelece as diversas formas de ação ou de omissão através das quais pode haver lesão ao patrimônio público. Em termos de Direito Financeiro, podemos falar que tais atos envolvem desvio de recursos do povo.

Imaginemos uma licitação, em que haja conluio entre o agente, que prepara o edital, para que determinada empresa seja a vencedora, ou em que haja conluio entre os licitantes e, no seio deles, já delimitam trechos da obra que irão realizar. É comum, especialmente em grandes empreendimentos, que a obra seja repartida em segmentos. Normalmente, os interessados resolvem entre eles e já sabem sobre que trecho apresentarão as respectivas propostas, ou seja, não haverá confronto e, sabedores das propostas dos outros, apresentarão as suas. Logo, cada qual ficará com seu quinhão. Diga-se o mesmo em relação a outras compras, obras ou serviços de que necessita o Poder Público. São formas difíceis de se combater. Em todas, haverá sobrepreço, uma vez já se sabe quem irá vencer e, pois, haverá evidente lesão aos cofres públicos, uma vez que obterá serviço por preço acima do mercado.

Em trabalho formulado pelo Fundo Monetário Internacional, datado de 1997, rotulado “Why worry about corruption?”, escrito por Paolo Mauro, apurou-se que a perda de receita pode decorrer da evasão fiscal, da concessão de isenções indevidas, da redução da cobrança de tributos ou do aumento do nível das despesas públicas.

5 Convenção interamericana

Recentemente, o Brasil aprovou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, celebrada em Caracas, através do Decreto Legislativo n. 152, de 25 de junho de 2002, entrando em vigor, para o Brasil, em 24 de agosto do mesmo ano. Através de tal documento, os membros signatários estavam convencidos de que “a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atentas contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos”. Reconheceram a corrupção no exercício das funções públicas que resulta em distorção na economia. No artigo VI, a Convenção identifica os atos de corrupção no exercício de função pública, esclarecendo os atos praticados pelos funcionários.

6 Comportamentos corruptos

A conduta do agente público (sujeito ativo da infração administrativa e do crime) pode resultar de ação ou omissão. Imaginemos a venda de patrimônio público. Pode ocorrer o procedimento infracional na avaliação dos ativos da empresa, aumento ou diminuição do valor, para permitir eventual permuta ou locação. Dentre os comportamentos que podem ensejar lesão ao erário, estão o superfaturamento (aumento artificial de preços de bens ou serviços, com o intuito de propiciar lucros às empresas em troca de propina); agilização de pagamentos (apressar a liberação de verbas); intermediação para obtenção de contratos; preparo de editais (arrumar dificuldades para afastar concorrentes); fraude nas licitações (seja no conluio, prévio à apresentação de propostas, seja no acerto posterior, obtendo composição na subempreitada); manipulação de regras (concessão de incentivos não previstos ou maquiados, para favorecer alguém); venda de informação (dar informação privilegiada sobre taxas de câmbio, juros, medidas específicas do governo); empréstimo de máquina ou bens; tolerância na realização de jogos de azar, casas de prostituição, redução sobre quantidade de peso, medidas etc.; compra de nota fiscal sem a entrada da mercadoria; omissão na fiscalização de número de varrição, na coleta de lixo; redução de peso, para o mesmo efeito; omissão na fiscalização ou na restauração de bens históricos, obras artísticas, pinturas, esculturas etc.; operação financeira, sem as devidas formalidades, aceite de garantias insuficientes ou de contragarantias inidôneas.

Em suma, os exemplos podem ser multiplicados, mas não exauridos, diante da inventividade do brasileiro.

Na hipótese de uma licitação bem feita e idoneamente preparada, não haverá prejuízo para o Poder Público e restarão recursos para outro investimento. No caso de comportamento infracional, outros serviços deixarão de ser atendidos.

O sujeito ativo da corrupção é o agente público que pode agir sozinho ou em cooperação, parceria ou co-autoria com terceiros. Pesquisa da ONU aponta que 21% dos servidores públicos estão envolvidos em suborno na América Latina (*JORNAL DA TARDE*, 2000). Para espanto de todos, trinta bilhões de dólares de ajuda à África foram desviados para contas em bancos estrangeiros. A ONU perdeu quarenta e oito bilhões de dólares por causa da corrupção.

7 Propina

Conceito – Obrigação natural. A improbidade como corrupção. Propina, o exato dizer de Maria Helena Diniz ([s.d.], p. 506) é “ato vedado ao agente público, que consiste no fato dele receber, direta ou indiretamente, em razão de suas funções, alguma vantagem econômica indevida, para praticar, omitir ou retardar algum ato de suas atribuições” (“Natureza jurídica da propina”, “Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba”, ed. Malheiros, p. 506). É denominada “caixinha” do funcionalismo público, já cantada em música por Juca Chaves.

A seguir, efetua a autora, a enumeração dos requisitos imprescindíveis para a caracterização da propina como ato de improbidade. São : a) relação entre agente público e terceiro; b) vantagem patrimonial indevida oferecida àquele agente pelo administrado (terceiro); c) aceitação da dívida pelo agente público, sem embargo da vedação legal; d) ausência de qualquer fundamento jurídico justificativo daquela vantagem ofertada; e) nexos causal entre o benefício indevido e o comportamento do agente público e de terceiro ofertante que o corrompe” (DINIZ, [s.d.], p. 507). A Lei n. 8.429/92 especifica quais os comportamentos que caracterizam atos de improbidade. A previsão identifica alguns atos de improbidade, que não esgotam os de corrupção. No preciso dizer de Caio Tácito (2001), “a probidade administrativa é, em suma, a norma que rege a conduta do agente público como elemento subjetivo na prática do serviço público, cuja violação caracteriza o instituto da improbidade administrativa”. A improbidade decorre da moralidade, estando as condutas infracionais previstas na lei própria.

O favor não precisa ser, necessariamente, o benefício pecuniário. Pode ser um presente de qualquer ordem, ou mesmo um encontro sexual. O induzimento do particular não tem limites. Favores para a família, por exemplo, uma internação em hospital, uma consulta com renomado especialista etc.

8 A corrupção no Legislativo e no Judiciário

A corrupção não existe só no Executivo. No Legislativo, é pródiga, no sentido de apresentação de projetos ou na sua aprovação ou rejeição. Nas oportunidades das votações, o parlamentar procura obter liberação de verbas ou recebe vantagens pecuniárias. Das leis, podem advir prejuízos ao Poder Público (concessão de isenções, anistias, alteração de alíquotas, alteração de planos de uso de ocupação de solo etc.).

No Judiciário, pode ocorrer a obtenção de liminares, de sentenças e acórdãos, mediante pagamento de propina. Ocorre tanto no meio dos servidores, como também entre juizes, desembargadores e ministros.

9 A corrupção como crime

A corrupção é punida na legislação penal (art. 317 do Código Penal), que consigna o seguinte tipo: “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”. Na legislação administrativa, a prática de atos criminosos significa a aplicação de sanção administrativa, ou seja, pode culminar com a demissão do cargo, função ou emprego.

10 O Brasil

No mundo todo, fala-se que se desperdiça entre 5% a 10% do PIB. São cerca de quatro a oito bilhões de dólares perdidos ou desviados dos cofres públicos (há estudo elaborado por Paolo Mauro, economista do FMI, a respeito (veja-se endereço eletrônico do IMF). Excelente estudo foi feito por Marcos Fernandes Gonçalves da Silva, em trabalho publicado pelo SENAC.

No Brasil, a corrupção tem aumentado. Em estudo feito pela ONG Transparência Internacional (TI), o Brasil aparece em 49º lugar dos países mais corruptos do mundo, com nota 3,9. A matéria foi publicada no jornal *O Estado de São Paulo*, de 27 de outubro de 1999, pág. 12 do *Caderno Internacional*. O artigo é fruto de pesquisa da Transparency International.

Os dados, como se vê, não são animadores.

De tudo resulta grave prejuízo para o Brasil, que perde recursos, na medida em que contrata acima de preços de mercado; contrata sem querer ou, querendo, contrata mal; dá incentivos fiscais que serão desvirtuados; fraudula licitações; exige propinas; vende informações, tudo em detrimento do erário público, chegando, segundo pesquisas, a prejuízos de cerca de 5% do PIB.

Desnecessário dizer que os desvios de recursos públicos significam perda para a denominada sociedade civil. Com tais mecanismos inescrupulosos e criminosos, as verbas não chegam a seu destino. Assim, dos 25% das receitas dos impostos que Estados, Distrito Federal e Municípios devem destinar à educação, valor mais protegido e privilegiado pelo constituinte, cerca de 5% são desviados de seu destino. Da determinação de investimento em saúde, tal como estabelecido pela Emenda Constitucional n.29/00, percentuais significativos são, também, surrupiados. Diga-se o mesmo dos recursos destinados à habitação, saneamento básico e justiça. Logo, nascem a má prestação dos serviços jurisdicionais, os movimentos dos “Sem Teto”, os movimentos dos Sem Terra, crianças sem aula e famílias sem atendimento médico adequado.

No Brasil, a “flexibilidade” do comportamento moral é o grande incentivador das condutas desviantes. É o que salienta Ferreira Filho (1991, p. 15) ao afirmar que o fator que, talvez, no Brasil, “mais favorece a corrupção seja a tolerância da sociedade para com ela”.

11 A corrupção como agressora aos direitos humanos

Se entendermos os direitos humanos como aqueles bens da vida consagrados nas Constituições e que permitem uma vida digna, inequívoca a conclusão de que a corrupção impede a plena preservação dos direitos sagrados do indivíduo. Os direitos fundamentais vêm consignados nos textos formais das Constituições das grandes democracias. Só que o desvio dos recursos impede a plena execução material dos direitos consagrados nos

modernos diplomas legais.

Os direitos humanos são obra de milênios de luta na briga pela preservação da integridade física e moral do ser humano. Sevícias da Idade Média, agressões de toda ordem, Inquisição, insegurança, despotismo, ditaduras sem fim que violentam as liberdades, o autoritarismo, o analfabetismo, o absolutismo, a fome, tudo leva à segregação das pessoas que, desvalidas, não podem exercer o mínimo de seus direitos. O direito à vida, dignidade, ao trabalho, à moradia, à justiça social, à liberdade e, por fim, o pressuposto de todos, a alimentação, tudo dá respeitabilidade ao homem.

O Estado não pode ser inimigo da sociedade civil. Ao contrário, complementa-se com esta e é seu representante. A sociedade, de seu turno, é a destinatária natural dos recursos obtidos pelo Estado. A finalidade precípua do Estado é assegurar o bem-estar das pessoas, dar-lhes dignidade de vida. Valendo-se de sua atividade instrumental, de arrecadação de recursos, tem que destiná-los à prestação de serviços, do exercício do poder de polícia e da intervenção no domínio econômico. Enfim, estruturar-se para atingir sua finalidade primeira, qual seja, prestar atividades ao indivíduo.

Conseqüência evidente da corrupção é a agressão aos direitos humanos. Na medida que os recursos públicos são desviados para pagamento de propinas, para extorsão de servidores, para fraudes, para compra de consciências, para liberação acelerada de verbas, para ganho em licitações, para não-pagamento de tributos, para sonegação, enfim, para deturpação de qualquer espécie, o lesado não é o governo, mas o ser humano.

Daí não termos dúvida em afirmar que a corrupção violenta os direitos humanos.

Indisputável, em conclusão, que a corrupção impõe pesadas perdas na arrecadação pública. Os desvios são trágicos na perda de recursos que poderiam ser destinados à consecução dos objetivos primeiros do Estado. No entanto, alimentam triste mercado paralelo da dignidade humana.

12 A corrupção como fator de desenvolvimento social

É comum que Chefes do Executivo sintam-se estimulados a construir obras públicas, uma vez que aumentam os benefícios de que irão usufruir percentualmente, através do “pedágio”, isto é, da propina que lhes será encaminhada. Por vezes em vantagens materiais (apartamento em nome de terceiro ou em moeda estrangeira, depositada no exterior ou para guarda pessoal). No entanto, com a realização da obra, beneficiam-se o transporte, os prédios públicos e residências que venham a ter as vias públicas asfaltadas etc.

Se há busca de recursos minerais e são descobertos, pode haver participação do agente político, o que estimula a liberação de alvarás de lavra etc.

A disponibilidade de recursos para construção de prédios particulares, apartamentos e casas leva o servidor a entusiasmar-se com a liberação rápida de alvarás de

licença para construção ou de localização.

Em suma, benefícios privados, corrupção pública que podem levar, no entanto, ao desenvolvimento social. Vícios privados podem redundar em benefícios públicos.

É paradoxal, mas verdadeiro.

Não se pode confundir o exercício da prática política com a corrupção. Aquela envolve negociações, transações, acordos. Tudo no sentido nobre do termo. O “lobby” nos Parla-mentos é absolutamente adequado e correto, desde que utilizado no sentido de convencimento do parlamentar. Bandeia para a corrupção quando algo é ofertado e aceito.

13 Medidas de combate à corrupção

O combate à corrupção faz-se através da educação da população, bem como pela democratização das instituições. Os sistemas de controle devem sobreviver, não só para modernizar o serviço público, mas para fazê-lo permeável a eles, possibilitando a participação da população. De outro lado, a livre imprensa tem papel importante, através da denúncia de fatos ou atos ilícitos.

Enumeremos comportamentos que podem resultar em redução efetiva da corrupção: a) participação dos cidadãos nos instrumentos de controle da Administração Pública; b) recuperação ética no funcionamento das instituições; c) transparência na gestão pública; d) instituição de mecanismos efetivos de controle do gasto público, seja através de organismos fortes e eficazes, seja pela redução da discricionariedade orçamentária; e) tomada de contas, não pelos instrumentos atuais, mas através da efetiva demonstração do gasto público; f) vontade política efetiva; g) instituição de mecanismos de controle, tais como Defensoria do Povo, do “Ombudsman” ou Ouvidoria, da Corregedoria do Serviço, da Corregedoria ou outros assemelhados; h) transparência nas práticas empresariais, com contabilidade que seja fiscalizada ou que obedeça a regras normativas; i) combate duro e permanente ao tráfico de drogas; j) educação e informação à população, através de programas de alfabetização e de educação para a cidadania; l) criação de normas e procedimentos eficazes e rápidos para a apuração de desvios e sua respectiva punição; m) regulamentação adequada ao sistema bancário nacional para o controle de transações acima de determinados limites; n) estrutura policial bem paga e unificada; o) sistema judicial preparado para julgamento e aplicação de sanções, com preponderância sobre outros casos de menor importância; p) estímulo à crença religiosa.

14 Referências

DINIZ, Maria Helena. Natureza jurídica da propina. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, [S.d.], p. 506-507.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e

político. In: *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 1. n. 5, jul./set. 1991.

JORNAL DA TARDE. São Paulo, 14. abr. 2000.

HUTINGTON, Samuel P. *A ordem política nas sociedades em mudança*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1975, 72 p.

SILVA, Marcos Fernandes da. The political economy corruption in Brazil. In: *Revista de Administração de Empresas*. Vol. 39, n. 3, set./1999.

TÁCITO, Caio. Improbidade administrativa como forma de corrupção. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I, vol. 1, novembro de 2001.

The political economy corruption in Brasil. In: *Revista de Administração de Empresas*. Vol. 39, n. 3, set. 1999, p. 26-41.

Responsabilidade civil de empresa concessiária de serviços de telefonia

Rogério Medeiros Garcia de Lima
Unicentro Newton Paiva

RESUMO

Alvo de reclamações freqüentes da clientela, que vão desde defeitos em aparelhos até a cobrança de valores indevidos, as empresas de telefonia no Brasil são repensadas neste artigo à luz do princípio da responsabilidade civil, com base no Código de Defesa do Consumidor. Consideram-se, entre outros aspectos relativos à questão, os danos morais causados aos consumidores e a omissão das agências reguladoras dos serviços.

1 Introdução

São freqüentes as reclamações de consumidores em relação à prestação de serviços de telefonia. Pesquisas apontam os serviços de telefonia fixa entre os que deixam os consumidores mais insatisfeitos.

A jurisprudência dos tribunais pátrios coleciona inúmeros julgados referentes a defeitos de aparelhos de telefonia, demora na instalação de linhas telefônicas fixas, cobrança por ligações não realizadas, falta de transparência na discriminação dos débitos nas respectivas contas, inscrição dos nomes de usuários indevidamente em cadastros de devedores inadimplentes, dentre outros.

O presente artigo abordará o importante tema da responsabilidade civil da empresa concessionária de serviços de telefonia.

2 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos

É incontestável a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. Já defendemos a necessidade de se conferir efetividade à regra do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor. Ela obriga os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Sobrevindo a Lei nº 8.987, de 13.02.1995 (Estatuto da Concessão e Permissão de Serviços e Obras Públicas), o seu artigo 6º dispôs que toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme as normas pertinentes que a lei ou o respectivo contrato estabelecem. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º, §1º). A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria da expansão do serviço (art. 6º, §2º).

Pela definição de serviços contida no artigo 3º, §2º, do *Código de Defesa do Consumidor*, somente serviços pagos estão submetidos às suas regras. Assinala Cláudia Lima Marques (1999, p. 211):

Interessam ao nosso estudo somente aqueles serviços prestados em virtude de um vínculo contratual, e não meramente cívico, entre o consumidor e o órgão público ou seu concessionário. Assim, aqueles referentes ao fornecimento de água, energia elétrica, gás, telefonia, transportes públicos, financiamento, construção de moradias populares, etc.

[...] A privatização de alguns destes serviços não dilui a posição monopolista do fornecedor e nem ajuda na proteção e realização dos direitos dos consumidores.

A autora (1999, p. 210) ainda cita ementa do Juizado Especial de Pequenas Causas do Rio Grande do Sul, assentando que a companhia telefônica é obrigada a instalar

ramal no prazo estabelecido, desde que o promitente-assinante tenha cumprido a sua prestação pecuniária. Não configura motivo de força maior, a justificar inadimplemento, a alegada falta de condições técnicas para fazê-lo, especialmente se já decorreu mais de um ano entre a data do ajuste e da instalação prometida (Recurso nº 1.050/366/92, Rel. Dr. Roberto Laux, julgamento 24.09.1992).

Marques (1999, p. 214) também opina:

Os serviços públicos gratuitos relacionados com o ensino, como os fornecidos por escolas e universidades públicas, não se inserem como relações de consumo; a contrario sensu, porém, quanto à relação Escola/Universidade Privada - estudante e seus representantes legais, caso menores, a sua caracterização como relação de consumo, visando a prestação de serviços de ensino, não apresenta maior problema.

Para Alvaro Lazzarini,

o cidadão terá direito à indenização enquanto consumidor de serviços públicos que lhe causem dano, material ou moral, sendo a responsabilidade de natureza objetiva, tornando-se útil, no entanto, sempre conciliar a previsão do art. 22 do CDC com os conceitos expostos no art. 6º do Estatuto da Concessão e Permissão, que lhe é posterior, em tudo respeitados os princípios da realidade e da razoabilidade.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela impossibilidade da interrupção de serviço essencial. O fornecimento de água não pode ser interrompido por inadimplência, pelo seguinte fundamento:

O fornecimento de água, por se tratar de serviço público fundamental, essencial e vital ao ser humano, não pode ser suspenso pelo atraso no pagamento das respectivas tarifas, já que o Poder Público dispõe dos meios cabíveis para a cobrança dos débitos dos usuários.

Igualmente:

Os artigos 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.

O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.

Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.

O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.

Coligimos jurisprudência atinente aos serviços de telefonia:

O cancelamento do direito de uso de terminal telefônico por ato unilateral da concessionária,

independentemente de notificação do usuário, após decorridos noventa dias do vencimento da conta sem que tenha sido efetuado seu pagamento, é ilegal, por caracterizar verdadeiro confisco e ensejar enriquecimento ilícito.

Labora com culpa objetiva a empresa de telefonia fornecedora de serviços que, de modo imprudente e negligente, libera diversas linhas telefônicas, sem atentar para a identificação da pessoa com quem contrata e, ao negar àquela em nome de quem estão os contratos o direito à sua primeira habilitação, exigindo-lhe o pagamento de débito indevido, atenta contra seu patrimônio moral, causando-lhe lesão, passível de reparação.

Para a validade da inserção unilateral de serviços de prefixo 0900 em conta de telefone, por seu caráter geral, destarte, familiar, abrangendo pessoas carentes e até incapazes, reclama-se o estabelecimento de critérios técnicos de bloqueio à sua utilização generalizada, que, ausentes, implicam nulidade do suposto ato jurídico e, conseqüentemente, indébito da contraprestação reclamada.

A responsabilidade da empresa privada, prestadora de serviço público, como o de telefonia, é objetiva pelos vícios e defeitos apresentados no serviço, razão pela qual, se não fizer prova da inexistência do defeito indicado pelo consumidor ou que o acidente se deu por culpa de terceiro, tem o dever de indenizar o usuário que, em virtude de mudança dos prefixos das linhas telefônicas, teve o serviço suspenso por considerável período, circunstância que lhe ocasionou prejuízos de ordem material.

3 Princípio da vulnerabilidade

O eixo fundamental da hermenêutica consumerista é o princípio da vulnerabilidade, consagrado pelo artigo 4º, inciso I, do *Código do Consumidor* (MARQUES, 1999, p. 149). A vulnerabilidade pode ser técnica ("o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços"), jurídica ou científica ("falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia") e fática ou socioeconômica ("o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam").

Marques (1999, p. 145) conclui:

Para nós, esta experiência alemã e alargamento do campo de aplicação *ratione personae* da lei parece indicar que, em se tratando de contratos pré-elaborados unilateralmente, contratos de adesão e de condições gerais dos contratos, a caracterização do contratante como profissional pouca importância tem. Assim, se o direito almeja um reequilíbrio contratual neste campo, deve estender a proteção nestes casos também aos contratos entre dois profissionais, sempre que um deles estiver em situação mais fraca, mais vulnerável.

O Superior Tribunal de Justiça ementou:

O Código de Defesa do Consumidor veio amparar a parte mais fraca nas relações jurídicas. Nenhuma decisão judicial pode amparar o enriquecimento sem justa causa. Toda decisão há que ser justa.

O contrato de arrendamento mercantil está subordinado ao regime do CDC, não desqualificando a relação de consumo o fato de o bem arrendado destinar-se às atividades comerciais da arrendatária.

4 Responsabilidade civil objetiva

Segundo Rui Stoco (2001, p. 90), citando Zanobini, o termo responsabilidade "serve para indicar a situação toda especial daquele que, por qualquer título, deva arcar com as consequências de um fato danoso". Stoco comenta:

Mais aproximada de uma definição de responsabilidade é a idéia de obrigação [...]

Digamos, então, que responsável, responsabilidade, assim como, enfim, todos os vocábulos cognatos, exprimem a idéia de equivalência de contraprestação, de correspondência. É possível, diante disso, fixar uma noção, sem dúvida ainda imperfeita, de responsabilidade, no sentido de repercussão obrigacional (não interessa investigar a repercussão inócua) da atividade do homem.

A responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social.

A responsabilidade civil, no Direito pátrio, encontra previsão legal no artigo 927, do novo Código Civil Brasileiro:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No capítulo referente aos atos ilícitos, o Código Civil de 2002 também definiu:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Doutrinariamente se concebe a responsabilidade civil como dever de se reparar o dano, conforme assinala Caio Mário da Silva Pereira (1990, p. 13):

Os grandes mestres da responsabilidade civil, em suas obras sistemáticas, procuram sintetizar o conceito, deslocando a noção abstrata da responsabilidade civil para a configuração concreta de quem seja responsável, dizendo que 'uma pessoa é civilmente responsável quando está sujeita a reparar um dano sofrido por outrem' (Mazeaud, Mazeaud e Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. II, nº 374).

A responsabilidade civil objetiva significa que

o agente deve ser responsabilizado não só pelo dano causado por culpa sua, como também por aquele que seja decorrência de seu simples fato; uma vez que, no exercício de sua atividade, ele acarrete prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo (MONTEIRO, 1983, v.5, p. 397-398).

Caio Mário da Silva Pereira (1990, p. 228-292) encarece a noção de risco, em que se fundamenta a responsabilidade objetiva:

O conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se, em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado.

O Direito Civil brasileiro - prossegue o civilista pátrio (PEREIRA, 1990, p. 292) - estabelece que o princípio geral da responsabilidade civil, no direito privado, repousa na culpa. Todavia, em alguns setores, impera a teoria do risco (v.g., acidentes do trabalho; transportes em geral; responsabilidade por fato das coisas; e, mais recentemente, a responsabilidade civil dos bancos marcha para a teoria do risco).

Para Fernando Noronha, civilista catarinense, atualmente estão em declínio tanto a responsabilidade individual como a subjetiva. Firma-se cada vez mais nova responsabilidade, de tendência objetiva e coletiva. Isso evidentemente não fará desaparecer a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade individual, ao término da evolução. Vastos domínios permanecerão sob a alçada da responsabilidade subjetiva. Até mesmo naqueles campos em que se passa a aplicar a responsabilidade objetiva, a regra certamente continuará sendo a da responsabilidade individual.

No que se refere aos serviços de telefonia, a responsabilidade das empresas concessionárias é de natureza objetiva. Aplica-se-lhes a regra do artigo 14 do *Código de Defesa do Consumidor*, segundo a qual responde o fornecedor de serviços, independentemente da existência da culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores.

Não bastasse a norma consumerista, aplica-se-lhes a regra do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988:

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

Nesse sentido, anotamos analogicamente decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

Tratando-se de acidente com veículo pertencente a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público de transporte coletivo urbano, impõe-se a análise do feito sob a ótica da responsabilidade objetiva, sendo, portanto, desnecessária a prova da culpa do preposto da empresa transportadora, mormente se não se desincumbiu esta de demonstrar que houve um

fator de exclusão de sua responsabilidade, qual seja a culpa exclusiva da vítima na produção do evento ou mesmo a hipótese de culpa concorrente, que pudesse atenuar ou reduzir proporcionalmente a indenização cabível.

O Código Civil de 1916 adotava a teoria civilista ou da responsabilidade civil subjetiva, no artigo 15:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano.

Com a expressão "procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei", entendeu-se que deveria ser demonstrada a culpa do funcionário para que o Estado respondesse. No entanto, a redação imprecisa do dispositivo permitia que alguns autores defendessem, na vigência desse dispositivo, a teoria da responsabilidade objetiva.

A Constituição de 1934 acolheu o princípio da responsabilidade solidária entre o Estado e o funcionário. Igualmente, a Constituição de 1937, a Constituição de 1946 adotou a teoria da responsabilidade objetiva, com ação regressiva do Estado contra os funcionários causadores do dano, quando incorressem em dolo ou culpa. No mesmo sentido, dispuseram as Constituições de 1967 e 1969.

Consoante Di Pietro, essa teoria se baseia no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Uma vez que os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade, em decorrência da atuação dos agentes do Estado, devem ser repartidos.

Nela, a idéia de culpa é substituída pela denexo de causalidade entre o ato do agente público e o prejuízo sofrido pelo administrado. Não importa se o serviço público funcionou bem ou mal, de forma regular ou irregular. É denominada teoria da responsabilidade objetiva, porque dispensa a apreciação do elemento subjetivo (culpa ou dolo). É também chamada teoria do risco, porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve risco de dano, que lhe é inerente. São atividades potencialmente lesivas.

Na dicção de Hely Lopes Meirelles, a teoria do risco compreende duas modalidades: a) teoria do risco administrativo, a qual admite as causas excludentes da responsabilidade do Estado (culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, caso fortuito e força maior), e b) teoria do risco integral, a qual não admite excludentes.

A regra subsistiu no artigo 37, §6º, da Constituição de 1988. O preceito constitucional consagra a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva do servidor, ao exigir: a) que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos (pôs fim às divergências doutrinárias nesse sentido); b) que essas entidades prestem serviços públicos, o que exclui as entidades da administra-

ção indireta que executem atividades econômicas de natureza privada (não se aplica a regra às sociedades de economia mista e empresas públicas, se não desempenharem serviço público, aplicando-se-lhes a responsabilidade subjetiva do direito civil; o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que "a responsabilidade fundada na teoria do risco administrativo não se aplica à sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado", in RT 535/199); c) que haja um dano causado a terceiros, em decorrência da prestação de serviço público (nexo de causa e efeito); d) que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas (agentes públicos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, não importando o título sob o qual prestam o serviço); e e) que o agente, ao causar o dano, tenha agido nessa qualidade (não responde o Estado se o causador do dano não estiver agindo no exercício de suas funções).

Reiteradamente, o Supremo Tribunal Federal tem decidido que o ordenamento jurídico pátrio consagra a teoria do risco administrativo, não a do risco integral, *verbis*:

A responsabilidade objetiva de pessoa jurídica de direito público, prevista na Constituição Federal, não significa seja o Estado responsável, sempre, por dano causado a terceiro por seu órgãos representativos. Não se adotou, no sistema jurídico brasileiro, em tema de responsabilidade civil, a teoria do risco integral. Se o ato jurídico ilícito do policial fora praticado em legítima defesa, não pertencem ao Estado o dever e a obrigação de indenizar a vítima (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 78.569-PR, Min. Firmino Paz, DJU 02.10.1981).

5 Inversão do ônus da prova

Quando o consumidor ajuíza ação de indenização contra a empresa concessionária de serviços de telefonia, caberá a inversão do ônus da prova, desde que estejam presentes os requisitos da hipossuficiência dos autores e da verossimilhança das suas alegações (artigo 6º, inciso VIII, Lei nº 8.078/90).

Assenta jurisprudência pátria:

Constatada pelo magistrado a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações, impõe-se a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é uma faculdade concedida ao Juiz, que irá utilizá-la a favor do consumidor no momento que entender oportuno, se e quando estiver em dúvida, geralmente por ocasião da sentença.

A regra do artigo 6º, VIII, da Lei 8.078/90, não determina a inversão do ônus da prova, mas deixa-a a critério do juízo, visando a facilitar a defesa dos direitos do consumidor.

Constatada pelo magistrado a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações, impõe-se a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é suficiente a verossimilhança do alegado para transferir ao prestador de serviços o encargo probatório, tendo assentado:

Na ação revisional de contrato bancário a instituição financeira pode ser obrigada a juntar documentos demonstrativos da evolução dos débitos e créditos, se houver dificuldade do cliente em fazê-lo, em face do princípio da inversão do ônus da prova.

Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (1991, p. 90-91), recomenda cautela ao julgador, para não cercear a defesa do réu. Em respeito ao princípio do contraditório, ouvirá o demandado antes de proceder à inversão do ônus probatório.

Enfim, não se aplica o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, em face da prevalência do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, por ser norma específica (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apud Luiz A. Rizzatto Nunes, 1997, p. 346-351).

É preciso ter em mente que o Direito do Consumidor veio a lume para eliminar as desigualdades criadas, nas relações de consumo, pela Revolução Industrial, notadamente a partir da segunda metade do século XX. O futuro do Código de Defesa do Consumidor está na dependência do prestígio que essa mudança de mentalidade merecerá de todos os profissionais do Direito. Editado no fim do século XX, o Código de Defesa do Consumidor está fadado a atingir a sua plena eficácia no limiar do século XXI, quando poderá produzir todas as modificações sociais a que ele se destina. Tudo dependerá, entretanto, da postura que tivermos em relação a ele, principalmente os magistrados. O Poder, qualquer que seja – Executivo, Legislativo ou Judiciário – tem a cara dos homens que o integram. Será fraco ou forte, corrupto ou honesto, arbitrário ou justo, na mesma proporção em que o forem os homens que o exercem. A Justiça vale quanto valem os seus juízes. É o que preleciona Sérgio Cavalieri Filho. E acrescenta, em outro ensaio doutrinário: "O Código [de Defesa do Consumidor] foi uma verdadeira revolução, para a qual muitos profissionais do direito ainda não atentaram".

6 Indenização dos danos morais

Além dos danos materiais decorrentes da má prestação dos serviços de telefonia ou de vícios dos produtos respectivos, deverá a empresa responsável indenizar o consumidor pelos danos morais. A reparação tem supedâneo na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso X):

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral, decorrente de sua violação.

Volta à baila Caio Mário da Silva Pereira (1990, p. 66):

É preciso entender que, a par do patrimônio, como 'complexo de relações jurídicas de uma pessoa, economicamente apreciáveis' (Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, §29), o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, o bom conceito de que

desfruta na sociedade, os sentimentos que exornam a sua consciência, os valores afetivos, merecedores todos de igual proteção da ordem jurídica.

Rui Stoco (1994) traz a lúme decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Dano moral. Lição de Aguiar Dias: o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão abstratamente considerada. Lição de Savatier: dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária. Lição de Pontes de Miranda: nos danos morais a esfera ética da pessoa é que é ofendida: o dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio (1ª Câmara, apelação, Relator Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito).

Comprovada a ocorrência dos fatos, despicienda a comprovação do dano moral, a teor de decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Como assentado em precedente da Corte, não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado, assim, o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil.

No tocante ao valor da indenização, tem decidido o Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

Na indenização por danos morais, a teoria da proporcionalidade do dano combinada com a do desestímulo não cede frente ao princípio do enriquecimento indevido, devendo antes, ser tais institutos sopesados em harmonia, para a fixação de um valor justo, suficiente para desestimular outras ocorrências semelhantes.

Também se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso.

Em se cuidando de empresas concessionárias de serviços de telefonia, considerados o seu porte empresarial e a gravidade dos danos causados aos usuários, a indenização deverá ser fixada em patamares tais que inibam futuras práticas semelhantes.

7 Omissão das agências reguladoras

Já tivemos azo de refletir sobre o decepcionante desempenho das agências reguladoras. Ainda está viva na memória dos brasileiros a polêmica em torno do reajuste das tarifas cobradas pelos serviços de telefonia, no ano de 2003. A Agência Nacional de Telecomunicações-ANATEL, reguladora do setor, autorizou reajustes com índices de até 41,75%. Na mesma ocasião, o Governo Federal anunciava o registro de deflação de 1%. Os

índices acabaram sendo reduzidos pelo Poder Judiciário, deferindo liminares em ações judiciais movidas por consumidores inconformados.

As agências reguladoras surgiram com as privatizações promovidas durante o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Sua criação visou a regulação e fiscalização dos serviços públicos prestados por empresas da iniciativa privada, na área de telefonia, petróleo, energia elétrica etc.

São inspiradas nas agências governamentais existentes nos Estados Unidos, simbólicas da democracia e do apreço pela cidadania reinantes na sociedade norte-americana. Lá, as agências detêm ampla autonomia. Regulamentam e fiscalizam com rigor e eficácia diversos setores da economia. Agem, se necessário, na defesa dos direitos dos consumidores.

O festejado administrativista Caio Tácito afirma que as agências reguladoras brasileiras seguem modelo oriundo do Plano Diretor da Reforma do Estado. Completam a liberação da atividade privada, de natureza econômica. Exercem sobre ela, como representantes do Estado, atuação coordenadora e normativa, para garantir o interesse coletivo que representam.

Detêm, segundo o autor, as seguintes características: a) são constituídas como autarquias especiais, afastam-se da estrutura hierárquica dos Ministérios e da direta influência política do Governo, com acentuado grau de independência; b) gozam de autonomia financeira, administrativa e, especialmente, de poderes normativos complementares à legislação própria do setor; c) são dotadas de poderes amplos de fiscalização, operam como instância administrativa final nos litígios sobre matéria da sua competência; e d) respondem pelo controle de metas de desempenho fixadas para as atividades dos prestadores de serviço, segundo diretrizes do governo e em defesa da comunidade.

Como se verifica, a legislação pátria conferiu às agências reguladoras o formato jurídico de autarquias especiais. A palavra autarquia origina-se do grego *autárkeia*, qualidade do que executa qualquer coisa por si mesmo (CUNHA, A., 1982, p. 84). São, portanto, pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, com patrimônio próprio, capacidade de auto-administração, sob controle estatal, e desempenho de atribuições (MEIRELLES, 1991, p. 301).

Infelizmente, a realidade demonstra que a oportuna idéia da criação das agências reguladoras foi desvirtuada entre nós. As indicações para os cargos de direção desses órgãos é política, atendendo aos interesses da chamada "base de sustentação" do governo em exercício. Não há preocupações de ordem técnica.

O já referido aumento das tarifas de telefonia foi anunciado por dirigente de empresa concessionária, antes que o fizesse a ANATEL. O fato revela promiscuidade entre a agência e o setor regulado. Não há participação dos consumidores nas decisões de seu interesse e tampouco existe transparência nas deliberações. Não exercem as agências

efetivo poder normativo e pouco regulam. Jânio de Freitas, ironicamente, as considera agências "autorizadoras de aumentos de tarifas".

Enfim, as agências reguladoras brasileiras estão mal estruturadas e vivem à míngua de recursos orçamentários. Má regulação implica má prestação de serviços, com tarifas abusivas. Acaba por influir negativamente no desempenho da economia brasileira.

Muitas demandas vão desaguar no Poder Judiciário, agravando ainda mais as mazelas da prestação jurisdicional. Contudo, os operadores jurídicos têm de estar cientes de que a Constituição de 1988 determinou ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII). É também princípio informador da ordem econômica (art. 170, V).

O consumidor – vale dizer, a sociedade – está ao desamparo. O consumidor individual não tem meios de defesa, pelos custos e dificuldades, para fazer valer seus direitos à própria subsistência, a serviços essenciais, frente às exigências da vida moderna.

O advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, introduziu, no ordenamento jurídico pátrio, normas sobre a tutela jurisdicional dos direitos e interesses do consumidor, consoante comentário de Ada Pellegrini Grinover:

A denominação do Título III do Código do Consumidor – Da Defesa do Consumidor em Juízo – coaduna-se com o seu espírito, que é de defesa do consumidor, devendo ser entendida em sentido amplo: o Título não compreende apenas a defesa processual *stricto sensu*, com as exceções opostas pelo consumidor, mas sim toda e qualquer atividade por este desenvolvida em juízo, tanto na posição de réu, como na de autor, a título individual ou pelos entes legitimados às ações coletivas. Trata-se, portanto, da tutela judiciária dos direitos e interesses do consumidor.

Justamente por isso, a preocupação do legislador, nesse passo, é com a efetividade do processo destinado à proteção do consumidor e com a facilitação de seu acesso à justiça. Isso demandava, de um lado, o fortalecimento da posição do consumidor em juízo - até agora pulverizada, isolada, enfraquecida perante a parte contrária que não é, como ele, um litigante meramente eventual -, exigindo um novo enfoque da par condicio e do equilíbrio das partes, que não fossem garantidos no plano meramente formal; e, de outro lado, exigia a criação de novas técnicas que, ampliando o arsenal de ações coletivas previstas no ordenamento, realmente representassem a desobstrução do acesso à justiça e o tratamento coletivo de pretensões individuais que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução. Isso tudo, sem olvidar jamais as garantias do 'devido processo legal' (grifamos).

Não há incoerência com o princípio da igualdade, porque "a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam", escrevia Rui Barbosa, na célebre Oração aos Moços, acrescentando:

Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pre-

tendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

8 Conclusão

A prestação defeituosa de serviços de telefonia tem gerado inúmeras ações judiciais, propostas por usuários para obter indenização pelos danos materiais e morais decorrentes de atos ilícitos praticados por essas empresas.

Doutrina e jurisprudência são uníssonas em afirmar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. É preciso, destarte, impor efetiva aplicação à regra do artigo 22 do CDC. O preceito obriga os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, ao fornecimento serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Na aplicação da Lei nº 8.078/90, o eixo fundamental é o princípio da vulnerabilidade (artigo 4º, inciso I). Na relação jurídica de consumo, o consumidor está em posição de vulnerabilidade diante do produtor, fornecedor ou prestador de serviços. O Código veio proteger a parte mais fraca nas relações jurídicas. Nenhuma decisão judicial pode amparar o enriquecimento sem justa causa. Toda decisão há que ser justa.

A responsabilidade civil das empresas de telefonia é de natureza objetiva, por força do comando contido no artigo 14 do *Código de Defesa do Consumidor*. Aplica-se-lhes, outrossim, a regra do artigo 37, §6º, da Constituição de 1988, consagradora da responsabilidade objetiva do Estado, pois são pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Verificada pelo magistrado a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações, deverá proceder à inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do *Código de Defesa do Consumidor*.

A par dos danos materiais causados por condutas ilícitas das empresas concessionárias de serviços de telefonia, caberá a indenização dos danos morais. Considerando o porte empresarial dessas entidades e a dimensão dos danos extrapatrimoniais causados aos usuários, o magistrado fixará a indenização em patamares tais que inibam futuras práticas semelhantes.

É patente a omissão da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) em regular, fiscalizar e punir as empresas de telefonia. Com isso, milhares de conflitos vão desaguar no Poder Judiciário, agravando ainda mais as mazelas da prestação jurisdicional.

Os operadores do Direito, sobretudo os juízes, têm de estar cientes de que a Constituição de 1988 determinou ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII). É também princípio informador da ordem econômica (art. 170, V). A magistratura não pode mais estar presa a soluções que nada têm a ver com o povo. Como na canção de Milton Nascimento, a Justiça tem de ir aonde o povo está!

9 Referências

BARBOSA, Rui. *Oração dos moços*. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1951.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O Direito do Consumidor no limiar do século XXI. *Revista Cidadania e justiça*. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, nº 7, 2º Semestre de 1999, p. 20-31.

_____. Responsabilidade civil das instituições bancárias por danos causados a correntistas e a terceiros. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, nº 34, abril-junho de 2000, p.102-110.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

CUNHA, Fernando Whitaker da *et al.* *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1º volume, 1990. 248 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LAZZARINI, Alvaro. Consumidores e serviços públicos – dever de indenizá-lo enquanto cidadão. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, volume 774, abril de 2000, p. 126-133.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Agências reguladoras, *Diário do Comércio*, Belo Horizonte, 09 de janeiro de 2004, seção Ponto de Vista.

_____. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *O Poder Judiciário no terceiro milênio*. Monografia premiada com a 1ª colocação no 1º Concurso de Monografias do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1999). Belo Horizonte: coletânea *I Concurso de Monografias do TJMG*, 2000, p. 5/3.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 1999. p. 211-214.

MARTINS, Plínio Lacerda. *Corte de energia elétrica por falta de pagamento - prática abusiva – Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, volume 778, agosto de 2000, p. 100-112.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: RT, 1991.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva,

volume 5, 1983.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, volume 761, março de 1999, p. 31-44.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *O juiz na sociedade moderna*. São Paulo: FTD, 1997, coord. Hélio Bicudo.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1994.

_____. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da administração. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: [s.n.], vol. 221, julho-setembro de 2000, p. 1-5.

Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente

Famblo Santos Costa
Faculdades Santo Agostinho
UNIMONTES

RESUMO

Este artigo discute os direitos fundamentais da criança e do adolescente a partir da sua relação com o princípio de dignidade da pessoa humana, o qual embasa a Constituição brasileira de 1988. O autor reflete sobre o conceito de Pessoa em Direito e Filosofia, analisa os direitos que dignificam crianças e adolescentes nacional e internacionalmente, demonstrando, afinal, a gritante sonegação desses direitos no cotidiano brasileiro.

1 Introdução

O presente artigo procura refletir sobre os Direitos Fundamentais das Crianças e dos Adolescentes e associar esses Direitos ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Não que se negue às crianças e aos adolescentes a condição de pessoa, mas esporadicamente procura-se esquecer que a pessoa em formação possui plenamente os seus Direitos e que estes devem ser respeitados integralmente.

Para se chegar a esta conclusão deve-se primeiramente articular sobre o princípio da dignidade da pessoa humana com a sua formulação principiológica, até a sua inserção de forma expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que o destacou inclusive como objetivo primordial do Estado Democrático de Direito.

Em uma segunda fase, deve-se discutir todos os direitos que foram decididos fundamentalmente pelos Constituintes de 1987-1988 e desde 1990 fazem parte de uma das leis mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro.

2 Os princípios

Muito se escreve sobre normas jurídicas, e o que se tem como sedimentado na doutrina é a sua divisão em regras jurídicas e princípios jurídicos.¹ Sem querer estender demasiadamente, pretende-se conceituar os princípios jurídicos, para só depois trabalhar com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os princípios jurídicos que são base para os direitos das crianças e dos adolescentes.

Na lição de Celso Antônio, princípio é

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamentalmente que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELLO, 2003, p. 817-818).

Também, Vezio Crisafulli, citado por Paulo Bonavides (1999, p. 230), diz que

princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

¹ Para a compreensão dos princípios e normas, inclusive sobre as suas distinções evolutivas analisando Josef Esser, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Robert Alexy e Ronald Dworkin, pesquise: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22-77.

O mesmo doutrinador italiano afirma que “todo princípio tem eficácia e que ‘os princípios são normas escritas e não escritas, das quais logicamente derivam as normas particulares (também estas escritas e não escritas) e às quais inversamente se chega partindo destas últimas’.” (CRISAFULLI apud BONAVIDES, 1999, p. 245).

Assim sendo, é com este final conceitual que se analisará o princípio da dignidade da pessoa humana, pois todo princípio tem eficácia e este se encontra escrito na Constituição Federal de 1988, em especial, nos arts. 1º, III, 170 e 227.

3 O princípio da dignidade da pessoa humana

Quando se trata de pessoa, lembrou muito bem Cleber Alves uma expressão de Romano Guardini, que diz o seguinte: “A pessoa é um fato que incessantemente desperta um espanto existencial.” (GUARDINI apud ALVES, 2001, p. 1).

Mas o que se pode entender por pessoa? Pessoa na concepção jurídica será aquele que tendo vida será titular de direitos e deveres; já filosoficamente, pessoa é a substância individual de natureza racional (MONTORO, 2000, p. 490), esta racionalidade que é reconhecida à pessoa como um fim em si mesmo, diferenciador dos seres que não são providos de razão. Assim “[...] os seres racionais são chamados de *peessoas*, porque sua natureza já os designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção o nosso arbítrio, por ser um objeto de respeito.” (KANT, 1998, p. 90 apud SILVA, 1998, p. 90) mais filosoficamente, “a pessoa se constitui em um fim em si mesmo, porque é um centro de liberdades capaz de transcender-se e superar-se continuamente”(XAVIER, 2000, v.8, n.2, p. 220).

Personare é a expressão latina para designar a pessoa, que primeiramente correspondia a uma máscara usada pelos atores para ampliar a voz, e depois passou a designar os atores ou personagens do teatro.

A dignidade da pessoa² é reconhecida desde a antiguidade clássica, em que esta é associada à posição social ocupada pelo indivíduo e pela sua aceitação na sociedade. No pensamento estóico, a dignidade era o qualificativo do ser humano e que o distinguia das demais criaturas (SARLET, 2001, p. 30-37).

² Francis Delpérée lembra a polissemia da palavra dignidade: “A expressão [dignidade] designa [...] o respeito que merece qualquer um ou qualquer coisa. Na linguagem jurídica, o termo serviu, em sua origem, para designar o encargo ou o título que poderia ser conferido a uma pessoa [...] Por extensão, a dignidade permite acentuar o respeito que esta pessoa deve ao mandato ou à função que ele exerce. O parlamentar deve fazer prova de dignidade e, por consequência, gozar de seus direitos civis e políticos; o funcionário não pode aceitar ocupação que comprometa a dignidade de sua função; o titular de uma profissão liberal deve [...] se mostrar atento às exigências de dignidade de sua profissão.” DELPÉREÉ, Francis. O Direito à Dignidade Humana. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 153.

Esta noção de dignidade, sustentada de modo especial no âmbito da filosofia estóica, encontra-se, por sua vez, intimamente vinculada à noção de liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à idéia de que todos os homens, no que tange à sua natureza humana, são iguais em dignidade (Id., 2001, p. 103-104).

Os direitos humanos têm como ponto central a dignidade humana, que passa a ser inscrita nas Constituições dos Estados que têm o compromisso de reconhecer a importância de ser humano como centro de todas as ações.

Na verdade, afirmar a “dignidade da pessoa humana” é reconhecer a autonomia ética do homem, de cada homem singular e concreto, portador de uma vocação e de um destino, únicos e irrepetíveis, de realização livre e responsável, a qual há de cumprir-se numa relação social (e de solidariedade comunitária) assente na igualdade radical entre todos os homens – tal que nenhum deles há de ser reduzido a mero instrumento ou servo do “outro” (seja outro homem, seja o Estado). E sublinhar esse princípio como fundamento da República – isto é, do Estado – é dizer que este se constrói a partir da “pessoa”, e para servi-la. Ou seja – e numa perspectiva mais acentuadamente política – que há de ser um Estado de “cidadãos” (COSTA, In: BARROS, p. 191-192).

O compromisso que os Estados democráticos têm com o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana pode ser exemplificado através da ilustração expressa de algumas Constituições estrangeiras. Assim a Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, em seu artigo 3º “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.” A Constituição da República Portuguesa, promulgada em 2 de abril de 1976, diz no artigo 1º “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Na Constituição espanhola, o artigo 10.1 “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social.” A Constituição alemã de 1949, no artigo 1.1 “A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la.” A *Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*, em seu artigo 1º “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.”³ Na Constituição francesa não existe explicitado este princípio da dignidade, mas hermeneuticamente o Conselho Constitucional, servindo de *arrêt de principe* a decisão 94-343-344 DC, proferida em 27 de julho de 1994, a ele se associa (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 186).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). José Afonso da Silva, quando doutrina a respeito deste princípio ser fundamento da República Federa-

³ Confira o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa no art. II, 61º. Disponível em: <<http://ue.eu.int/uedocs/cmsUpload/cg00087-re02.pt04.pdf>>.

tiva do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, afirma que

se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional (SILVA, 1998, p. 92).

O valor supremo deste princípio pode ser debatido à luz do conteúdo deste, e Ingo Sarlet propõe duas formas de se analisar: a) a dignidade como elemento que qualifica o homem e, b) a dignidade como elemento que não qualifica o homem.

Na primeira análise, a dignidade qualifica o homem porque ela é inerente a este, e sendo assim, é irrenunciável e inalienável. A dignidade

[...] como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humano, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente (SARLET, 2001, p. 41).

Como se trata de condição humana o seu reconhecimento positivo deve ser incentivado para que os Estados possam se orientar para efetivar, mesmo que o Direito não expresse o seu reconhecimento em um ordenamento jurídico, pois a dignidade humana existe mesmo em Estados que não o reconhecem categoricamente.

A intangibilidade é outra característica que não prescinde de circunstâncias concretas para o seu reconhecimento, posto que é inerente a toda e qualquer pessoa humana pelo simples fato de ser uma pessoa, “ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmas.” (Id., *ibid.* p. 42).

Com esta afirmação é recomendável que não se olvide do fato de se tratar de um valor absoluto, até o ponto de se ter que reconhecer a dignidade de todas pessoas mesmo as que possam ter cometido ações mais abjetas e indignas. Assim, lembra Ingo Sarlet que a Declaração Universal da ONU foi expressa ao declarar no art. 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e espírito e fraternidade.” (Id., *ibid.* p. 43).

Em segundo plano, a dignidade não deve ser considerada como uma qualidade inata à natureza do ser humano, pois esta configura uma evolução cultural a partir do trabalho de diversas gerações e humanidades, “[...] razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e integram mutuamente.” (Id., *ibid.* p. 45-46).

Assim, Ingo Sarlet, baseando-se em Ernst Benda, preceitua que “[...] a noção de dignidade não se desvaneça como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana.” (SARLET, 2001, p. 46). E complementa dizendo que

é justamente neste sentido que se assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir,

da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade [...] (Id., ibid., p. 46).

Como tarefa dos poderes estatais, a dignidade não se adere a uma prestação do Estado, mas sim uma conquista de cada indivíduo, e por fim, Ingo Sarlet diz que não é “tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas sim, as condições para a realização da prestação.” (Id., ibid., p. 47-48).

Para derradeiro, não se pode deixar de trazer as palavras de Ingo Sarlet, segundo as quais

Temos por dignidade da pessoa humana

[...] a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (Id., ibid. p. 60, grifos originais)

4 Os direitos que dignificam as crianças e os adolescentes

4.1 A Convenção Internacional dos Direitos da Criança

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia das Nações Unidas, em sessão do dia 20 de novembro de 1989, tem a qualificação de ser o instrumento mais importante que caracteriza a proteção especial às crianças, tendo em vista a sua vulnerabilidade perante a sociedade a que pertencem.⁴

Com esta Convenção Internacional consolida-se no meio jurídico e social internacional a doutrina da proteção integral dos direitos da infância⁵, determinando uma mudança fundamental no reconhecimento da condição da infância. Esta percepção de mudança levou

⁴ É necessário que se diga que esta Convenção Internacional dos Direitos da Criança não foi a primeira norma disciplinadora dos direitos das crianças, como exemplos temos a *Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924*, Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral em 1959, *Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948*, Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing – de 1985, entre outras. E mais, em 1988 com a nova ordem constitucional brasileira as crianças e os adolescentes mereceram destaque no art. 227.

⁵ A professora Josiane Veronese assim expressa quando trata da doutrina da proteção integral: “Segundo tal doutrina, toda criança e todo adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoa em desenvolvimento estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral.” VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Ordes. *Humanismo latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteaux/Fondazione Cassamarca, 2003. p. 439.

Emílio Garcia Mendez a dizer:

Do menor, como objeto da compaixão-repressão, à infância-adolescência, como sujeito pleno de direitos, é a expressão que melhor poderia sintetizar suas transformações. A Convenção constitui um instrumento jurídico para o conjunto do universo infância e não somente para o menor abandonado-delinqüente, como resultava da letra e, mais ainda, da práxis das legislações inspiradas na doutrina da situação irregular (MENDEZ; COSTA, 1994, p. 72).

Então, configura uma ruptura da antiga doutrina da situação irregular do menor para uma nova fase em que os direitos das crianças passam a ser reconhecidos, e estas tendo em vista a sua condição de vulnerabilidade, necessitam de cuidados e proteção mais do que especiais.

Na Convenção Internacional todos os direitos por ela consagrados deverão ser respeitados e aplicados plenamente às crianças. Para isto obrigarão os seus signatários a adotar medidas legislativas, administrativas e outras efetivadoras dos direitos à vida, a um nome, de viver com os seus pais, de opinião sobre assuntos que lhe afetem, de liberdade de expressão, de liberdade de pensamento, de consciência e de crença, à privacidade, às integridades física, psíquica e moral, a um padrão de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, de ser criado no seio de sua família, à saúde, à educação, ao descanso, lazer, divertimento recreativo e atividades culturais, à proteção contra o trabalho que lhe prejudique a saúde, educação ou desenvolvimento, à proteção contra o uso ilícito de drogas e psicotrópicos, à proteção contra exploração e abuso sexual, ao tratamento adequado contra tortura, tratamento ou punição cruel, pena de morte, prisão perpétua, prisão ilegal ou arbitrária (VERONESE, 1999, p. 72).

4.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁶ – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – tem em seu corpo 267 artigos, entrando em vigor no dia 14 de outubro de 1990, revogando o antigo Código de Menores.⁷

No Título II, especificamente, são disciplinados os Direitos Fundamentais⁸, como por

⁶ Esporadicamente, poder-se-á utilizar a sigla ECA para designar o Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁷ Para uma incursão histórica da legislação brasileira, confira: VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os “novos” direitos no Brasil: Natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 32-36.

⁸ É essencial que antes de falar dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes deve-se conceituar Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Para isto, Sérgio Resende de Barros doutrina que os direitos humanos são poderes-deveres, sendo direitos e deveres dos indivíduos humanos entre si mesmos – de todos para com cada um e de cada um para com todos – consubstanciados em uma ordem jurídica e necessários a construir e preservar a humanidade. E os direitos fundamentais, conforme Pères Luño, são aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais. Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 1. et seq; PÉRES-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001. p. 21 et seq.

exemplo, o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à profissionalização e à proteção no trabalho. Assim, para lembrar o primeiro item deste trabalho, o artigo 3º do ECA diz textualmente que:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

De forma preventiva, reconhece-se, como se não fosse, a criança e o adolescente como pessoas humanas e dignas de direitos; o que em uma leitura simples da Constituição Federal de 1988 já se teria superado estas palavras deste artigo 3º. Para que fique expresso, o art. 227 assim diz:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim, e para reforçar, a atual Constituição Federal reconhece às crianças e aos adolescentes a condição de sujeitos de direitos (VERONESE, in WOLKMER; LEITE, 2003, p. 42).

Sendo assim, a análise que se faz a respeito dos seus direitos fundamentais são, para iniciar, o seu reconhecimento e a sua proteção que serão integrais, pressupondo os cuidados de que eles e elas necessitam como seres em formação física, moral, espiritual, social e com liberdade e dignidade. E, para que esta proteção integral se efetive, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece quem tem o *dever* de proteção, sendo a família, a comunidade, a sociedade em geral e o Poder Público (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios).

Os artigos a serem comentados como forma de reforçar os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes são:

O art. 7º reconhece os direitos à vida e à saúde, que deverão ser efetivados através de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Suely Roriz Moreira resume em expressões fortes, quando comenta este artigo, dizendo que “a vida é pressuposto da personalidade.” (CURY; SILVA; MENDEZ, 2001, p. 41). Sendo que, para se efetivar esse artigo Herbert de Souza disse

[...] no Brasil torna-se necessária a mobilização de toda a sociedade, onde cada instituição, cada família, pessoa, empresa, rua, bairro, cidade assuma esse objetivo como uma prioridade a ser realizada a partir da participação de cada um. Como se faz, quando se pode, com os próprios filhos, com as pessoas que nós amamos, sem espera, sem vacilações (Id., ibid, p. 42).

Reforce-se que o direito à vida e à saúde deve ser estendido à mãe gestante nos períodos pré e perinatais, como apoio público médico, hospitalar e alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitar. O Sistema Único de Saúde terá participação fundamental na concretização destes artigos (7º ao 14), assim a criança terá reconhecido o seu direito à vida e à saúde desde o momento de gestação – extensivo logicamente a quem está a lhe gerar –, quando nasce e depois do nascimento com alimentação, assistência médica e odontológica, pois o seu simples nascimento com vida não exime as responsabilidades do Estado e da sociedade, deixando à própria sorte o restante de sua vida.

O art. 15 reconhece os direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade, qualidade dos seres humanos que são possuidores de direitos. Os arts. 16, 17 e 18 vêm detalhar estes direitos (à liberdade, ao respeito e à dignidade), que devem ser exercidos plenamente pelas crianças e adolescentes, pessoalmente ou pelos seus representantes. Como seres em formação e estruturação de sua personalidade devem exercer, em seu tempo e meio de vivência, condições para se transformar em pessoas aptas para enfrentar as surpresas que vão encontrar quando deixarem de ser crianças e adolescentes.

O direito à liberdade compreende a liberdade de locomoção, resguardadas as limitações legais (arts. 75, 80, 83 a 85 do ECA); a liberdade de opinião e de expressão; a liberdade de crença e de culto religioso; a liberdade de brincar, praticar esportes e se divertir⁹; a liberdade de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminações; a liberdade de participar da vida política, na forma da lei; e, a liberdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

O direito ao respeito contra a ofensa ou ameaça à sua integridade física¹⁰, psíquica¹¹ e moral¹², abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. Preservam-se os direitos da personalidade.

O direito à dignidade da criança e do adolescente pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (CURY; SILVA; MENDEZ, 2002, p. 60 et seq). Deodato Rivera afirma que “a trilogia liberdade-respeito-dignidade é o cerne da doutrina da proteção integral, espírito e meta do Estatuto e, nesses três elementos, cabe à *dignidade* a primazia, por ser o coroamento da construção ética estatutária.”(Id., *ibid.* p. 82).

⁹ “Não basta [...] reconhecer a liberdade de brincar, de praticar esportes e de divertir-se. É necessário oferecer meios que propiciem a toda criança e aos adolescentes em geral o pleno exercício dessa liberdade, a fim de que se torne efetivo o direito à cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos, previsto no art. 71 [do ECA].” CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio García (Coord). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 70.

¹⁰ Como exemplos, os arts. 7º; 33; 56, I; 87; 91; 94, IX; 233; 234 e 245, todos do ECA.

¹¹ Como exemplos, os arts. 15; 33; 67; 70; 71; 78, parágrafo único; 79; 106; 124, V e VIII; 239; 240 e 241, todos do ECA.

¹² Como exemplos, os arts. 15; 53; 58; 92, V; 94, IV, XV e XIX; 229; 230; 232; 253 a 256; 258, todos do ECA.

Os arts. 19 a 24 mostram a preocupação do legislador quanto ao fundamento da criação e da educação da criança e do adolescente que deverão ocorrer indispensavelmente no seio da sua família. Família, em um sentido amplo, diz respeito ao conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. (VENOSA, 2003, p.16). A família é o lugar normal e natural de se efetuar a criação e a educação, preferencialmente no seio da família natural. Tão desvinculado de qualquer valor diverso do afetivo, que na falta de recursos materiais, não se dará a perda ou a suspensão do poder familiar, ou seja, os valores materiais, apesar de serem essenciais para uma boa educação, não são mais fundamentais do que o acolhimento, o carinho e o afeto existentes em uma família. Excepcionalmente, quando a criação e educação não se puderem realizar na família natural, a lei assegurará estas em uma família substituta – guarda, tutela ou adoção (arts. 28 a 52 do ECA).

Essencial que se diga, em uma sociedade desvirtuada como a de hoje, é estabelecer, em benefício das crianças e adolescentes, os deveres dos pais naturais ou substitutos, que são o de sustento, guarda e educação dos filhos menores. Não só uma obrigação, mas uma responsabilidade dos pais para com os seus filhos.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 extirpou-se qualquer espécie de diferenciação possível entre os irmãos, sejam os resultantes de uma união conjugal (LEITE, 2004, p. 17-40), sejam os de outras formas de relacionamento amoroso e afetivo. Sendo assim, a filiação e a não discriminação deverão ser considerados direitos personalíssimos.

Os arts. 53 a 59 disciplinam os direitos à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer. A educação é um atributo da pessoa humana, sendo um processo de reconstrução da experiência¹³, devendo visar o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205 da Constituição Federal). Antônio Carlos Gomes da Costa diz que

o *caput* do art. 53, ao tratar do direito à educação, hierarquiza os objetivos da ação educativa, colocando em primeiro lugar o pleno desenvolvimento do educando como pessoa, em segundo lugar o preparo para o exercício da cidadania e em terceiro lugar a qualificação para o trabalho. [...] Esta hierarquia estabelece o primado da pessoa sobre as exigências relativas à vida cívica e ao mundo do trabalho [...] (CURY; SILVA; MENDEZ, 2002, p. 178).

Este artigo expressa fielmente o princípio constante na Constituição de 1988.

Para a efetivação deste direito fundamental, José de Freitas Tavares resume três obrigações: 1) Obrigação estatal: iniciando no governo dos municípios que deverão ofertar o ensino fundamental gratuito às pessoas em idade escolar adequada, com respaldo nos arts. 211 a 213 do Constituição Federal de 1988, e sem olvidar a participação

¹³ Para uma melhor análise sobre o Direito à educação e à cultura na Constituição Federal de 1988, consulte os autores SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 809 et seq. e TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 589 et seq.

fundamental do Estado e da União; 2) Obrigação da família: os pais ou responsáveis deverão matricular e zelar pelo aprendizado de seus filhos; e, 3) Obrigação da sociedade: que deverá participar do processo coletivo da educação infanto-juvenil (TAVARES, 2001, p. 88-94).

Não se pode esquecer do direito à cultura, ao esporte e ao lazer, direitos intimamente ligados à formação educacional da criança e do adolescente.

E assim, também, o direito à profissionalização e à proteção no trabalho (arts. 60 a 69 do ECA), como formas de se dignificar o adolescente, porém observadas sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

Conjugando-se a educação com o trabalho e sua proteção dignificar-se-ão os seres protegidos pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mostra-se, ao fim, que as crianças e os adolescentes, como pessoas humanas, são merecedoras de atenção especial e integral por parte do Estado, da Família e da Sociedade para que tenham respeitados todos estes direitos fundamentais discutidos anteriormente. A sociedade brasileira precisa acordar para a infância das crianças. Só assim será possível ter um País digno para se respeitar, e não ter tantos relegados a um futuro trágico, não só para eles, mas principalmente para esta sociedade que possui características de ser egoísta e omissa.

5 Considerações finais

Os tão discutidos direitos fundamentais têm como titular pessoas em formação na atual sociedade. Muitos direitos são desrespeitados, muitos direitos estão adormecidos e muitas crianças e adolescentes sem oportunidade de usufruir das condições mais essenciais de um ser humano digno de respeito e atenção integral, em uma das fases mais maravilhosas da vida, ou seja, a fase em que se é criança ou adolescente.

Todos os direitos à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à profissionalização e à proteção no trabalho podem e devem estar na mente de todos as pessoas que fazem parte desta sociedade brasileira e, com isto, respeitar e cobrar o que expressa o nosso artigo 227, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Somente com respeito a este preceito, poderemos ser uma sociedade realmente justa e solidária.

6 Referências

- ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- COSTA, José Manuel M. C. da. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na Jurisprudência constitucional portuguesas. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.
- CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio García (Coord). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____; _____. (Coord). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.
- LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade: bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil). In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano. 37, n. 145, jan./mar. 2000.
- PÉRES-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y*

constitucion. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, abr/jun 1998, Rio de Janeiro.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAVARES, José de Farias. *Direito da Infância e da Juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Orides. *Humanismo latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteaux/Fondazione Cassamarca, 2003.

_____. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os "novos" direitos no Brasil: Natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 32-36

_____. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.

XAVIER, Elton Dias. A Bioética e o conceito de pessoa: a ressignificação jurídica do ser enquanto pessoa. *Bioética e Ética Médica*, Brasília, vol. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

_____. A identidade genética do ser humano como um biodireito. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade: bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

.....
A R G U M E N T O J U R Í D I C O

Direito e Democracia

A coesão interna entre estado de Direito e democracia no marco da teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
UFMG
PUC-MG

RESUMO

Com base em livros como *A inclusão do outro* e *Direito e Democracia*, de Jürgen Habermas, este ensaio apresenta uma reflexão sobre a “teoria discursiva do Direito” ali formulada, com a finalidade de demonstrar como se dá a coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, dimensões tratadas de maneira isolada na Academia, mas que se mostram inseparáveis na vida social, não havendo uma sem a outra.

1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo reconstruir os argumentos centrais desenvolvidos por Jürgen Habermas acerca da coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, no capítulo dez, de sua obra *A inclusão do outro*, datada de 1996.¹ Nesse texto, Habermas pretende expor os pontos centrais da tese já apresentada em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, de 1992 (HABERMAS, 1998), segundo a qual, “sob o signo de uma política completamente secularizada, o Estado de Direito não pode existir nem se manter sem democracia radical”. Em outras palavras, Habermas defende que, segundo uma reconstrução dos princípios do Estado Democrático de Direito, à luz de uma compreensão procedimentalista do Direito,

os sujeitos privados não poderão gozar de iguais liberdades subjetivas se eles mesmos, em comum exercício de sua autonomia política, não se esclarecem sobre interesses justificados e critérios e não se puserem de acordo sobre quais hão de ser os aspectos relevantes sob os quais o igual deverá ser tratado de forma igual e o desigual de forma desigual (HABERMAS, 1998, p. 61).

Em “Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e Democracia”, Habermas (2002, p. 285 *et seq.*) afirma que, embora seja academicamente comum falarmos ao mesmo tempo em Direito e política, estamos também acostumados a tratar do Estado de Direito e da democracia como objetos de disciplinas diferentes: a Ciência do Direito trata do Direito, a Ciência Política, da democracia. Há, segundo Habermas, boas razões para isso, pois apesar de todo domínio político ser exercido sob a forma do Direito, há ordens jurídicas em que o exercício do poder político não se dá sob a forma do Estado de Direito, assim como há Estados de Direito em que o poder político não se exerce democraticamente: “Em suma, há ordens jurídicas estatais sem instituições próprias a um Estado de direito, e há Estados de direito sem constituições democráticas” (HABERMAS, 2002, p. 286).

Todavia, segundo Habermas, embora possa haver tais razões empíricas para um tratamento acadêmico do Estado de Direito e da democracia marcado pela divisão de trabalho entre Ciência do Direito e Ciência Política, isso não significa que possa haver do ponto de vista normativo Estado de Direito sem democracia.

O objetivo de Habermas, nesse texto, é, portanto, demonstrar a tese segundo a qual “não há Estado de Direito sem democracia”, e vice-versa, abordando a relação interna entre Estado de Direito e democracia sob alguns aspectos centrais. Segundo ele, a relação interna entre Estado de Direito e democracia resulta do próprio conceito moderno de Direito e da circunstância de que o Direito positivo – histórico, contingente, modificável e coercitivo – não pode mais obter legitimidade recorrendo a um Direito Natural, supe-

¹ Para uma reconstrução do pensamento de Habermas ver, sobretudo, a obra de REPOLÊS, 2003. Ver ainda GALUPPO, 2002; MOREIRA, 2002; e COSTA, 2003.

rior. Segundo Habermas, o Direito moderno legitima-se a partir da autonomia garantida uniformemente a todo cidadão, sendo que autonomia pública e autonomia privada pressupõem-se mutuamente. Essa coesão interna passa a ter validade na dialética entre igualdade fática e jurídica, suscitada pelo paradigma jurídico do Estado Social, frente à compreensão liberal do Direito, e que, segundo Habermas, e isso é de suma importância, “hoje compele a uma autocompreensão procedimentalista do Estado democrático de direito” (HABERMAS, 2002, p. 286). Essa autocompreensão procedimentalista, que se apresenta, portanto, como uma terceira compreensão paradigmática do Estado Democrático de Direito, é, por fim, explicada, a partir do exemplo da política feminista pela igualdade de direitos.

2 O conceito moderno de Direito e suas qualidades formais

Para Habermas (2002, p. 286), o Direito moderno caracteriza-se por ser positivo, ou seja, um Direito escrito que é histórico, contingente, modificável e coercitivo, por um lado, e, por outro, garantidor da liberdade. Há, segundo Habermas (2002, p. 287), uma relação entre o caráter coercitivo e a modificabilidade do Direito positivo, por um lado, e um modo de positivação ou de estabelecimento do Direito que é capaz de gerar legitimidade, por outro. Se normas coercitivas remontam a decisões modificáveis de um legislador político, essa circunstância liga-se à exigência de legitimação, segundo a qual, esse Direito escrito deve garantir equitativamente a autonomia de todos os sujeitos de direito. Segundo Habermas (2002, p. 287), o processo legislativo democrático deve ser suficiente para atender a tal exigência. E, nesse sentido, cria-se, pois, uma relação conceitual ou interna entre Direito e democracia, e não apenas uma relação historicamente casual.

Habermas (2002, p. 287) lembra que, num primeiro momento, tal relação interna pode parecer uma espécie de “truque filosófico”. Todavia, tal relação interna está alicerçada em pressupostos da nossa própria práxis jurídica cotidiana. Isso porque na própria validade jurídica a facticidade da imposição do Direito por via estatal entrelaça-se com a força legitimadora de um processo legislativo que pretende ser racional, justamente, por fundamentar a liberdade. Em outros termos, isso se revela no modo ambíguo com que o próprio Direito se endereça aos seus destinatários e deles espera obediência: eles podem agir estrategicamente em face das consequências previsíveis de uma possível violação das normas ou podem cumprir as normas por respeito aos resultados da formação comum da vontade que exige legitimidade para si. O conceito kantiano de legalidade já expressava, segundo Habermas (2002), esse duplo sentido da validade jurídica: as normas jurídicas são a um só tempo “leis coercitivas” e “leis de liberdade”.

Essa é, pois, a nossa própria compreensão do Direito moderno. Consideramos a validade jurídica de uma norma como “um equivalente da explicação para o fato de o Estado garantir ao mesmo tempo a efetiva imposição jurídica e a instituição legítima do direito”, ou, ainda nas palavras de Habermas (2002), do Estado “garantir de um lado a legalidade do procedimento no sentido de uma observância média das normas que, em caso de

necessidade, pode ser até mesmo impingida através de sanções, e, de outro, a legitimidade das regras em si, da qual se espera que possibilite a todo momento um cumprimento das normas por respeito à lei”.

É, então, que, segundo Habermas (2002, p. 287), surge a seguinte questão: como se deve fundamentar, afinal, a legitimidade de normas que podem ser alteradas pelo legislador a qualquer momento?

Enquanto se pôde recorrer a um Direito natural, quer religioso, quer metafísico, pôde-se represar por meio da Moral o turbilhão da temporalidade que o Direito positivo atrai para si. Mas mesmo que não se considere o pano-de-fundo de uma crescente dessacralização das imagens de mundo e de desintegração de eticidades ou formas de vida tradicionais, que um processo de modernização social e cultural tenha implicado, o Direito moderno, em razão do seu caráter formal, exime-se em todo caso de uma ingerência direta que advenha de uma “consciência moral remanescente”, pós-tradicional (2002, p. 288).

3 A relação complementar entre Direito positivo e Moral autônoma

Nesse tópico, Habermas (2002), pretende, mais uma vez, diferenciar, por um lado, Direito e Moral, e, por outro, reconstruir a relação de co-originalidade e de complementaridade entre eles. Segundo Habermas (2002), os direitos subjetivos com os quais se constroem ordens jurídicas modernas têm o sentido de desobrigar os sujeitos de direito em relação a mandamentos morais, na medida em que garantem espaço para o agir de acordo com as preferências dos agentes. E é assim que, para Habermas (2002, p. 288), o Direito moderno faz valer o princípio segundo o qual “tudo o que não está proibido está permitido”. (2002, p.288).

Enquanto na Moral há uma simetria entre direitos e deveres, no Direito as obrigações resultam somente da restrição de liberdades subjetivas. Essa atribuição conceitual básica de privilégio aos direitos em relação aos deveres explica-se através dos conceitos de sujeito de direito e de comunidade jurídica: uma comunidade jurídica, situada no tempo e no espaço, protege a integridade de seus componentes exatamente na medida em que esses assumem o “status” de titulares de direitos subjetivos. Já o universo moral é sem limites no tempo histórico e no espaço social e se estende por sobre todas as pessoas e suas biografias, plenamente individuadas (HABERMAS, 2002, p. 288).

A relação entre Direito e Moral, para Habermas (2002, p. 289), é de complementaridade e não de subordinação. Essa relação de complementaridade vale também para uma visão extensional. As matérias jurídicas são, ao mesmo tempo, mais restritas do que as questões moralmente relevantes, pois somente o comportamento exterior é acessível ao Direito, e mais amplas, já que o Direito, como meio de organização, não se refere apenas à regulamentação de conflitos interpessoais, mas também ao cumprimento de programas políticos e a demarcações políticas de objetivos. Assim, as questões jurídicas tangenciam não apenas questões morais, mas também éticas e pragmáticas, bem como

o acordo de interesses conflitantes² (HABERMAS, 2002, p. 243). A pretensão de legitimidade das normas jurídicas apóia-se sobre vários tipos de razões, que depende de uma rede ramificada de discursos e negociações, e não somente de discursos morais (Id., *ibid.*, p. 289). Assim, para Habermas (2002, p. 289), a idéia de Direito Natural com padrões distintos de dignidade é desencaminhante.

O Direito positivamente válido pode tirar das pessoas o ônus de grandes exigências motivacionais, cognitivas e organizacionais que uma moral pós-tradicional exige dos agentes morais. Isso não libera o legislador e a jurisdição da preocupação com que o Direito permaneça em consonância com a Moral. Mas as regulamentações jurídicas são por demais concretas para serem legitimadas apenas pelo fato de não contrariarem princípios morais. Se o Direito não pode obter legitimidade de um Direito moral superior, de onde pode obtê-la? (HABERMAS, 2002).

Para Habermas (2002, p. 290), como a Moral, o Direito deve defender a autonomia de todos os envolvidos e atingidos. E assim é que também o Direito deve comprovar sua legitimidade.

Segundo Habermas (2002), a positividade do Direito, porém, obriga a uma decomposição peculiar da autonomia, algo que não existe na Moral. Enquanto a autodeterminação moral é um conceito unitário — o indivíduo deve seguir as normas que ele próprio elaborou, após um juízo imparcial próprio —, a autonomia jurídica surge sob a dupla forma da autonomia pública — enquanto autores das normas jurídicas — e da autonomia privada — enquanto destinatários das normas jurídicas —, em razão da obrigatoriedade do Direito remontar não apenas a processos de elaboração legislativa, mas também a processos administrativos e jurisdicionais, que estabelecem e aplicam o Direito.

Todavia, segundo Habermas (2002), esses dois momentos precisam ser mediados para que uma autonomia não prejudique a outra. É preciso, então, demonstrar que a liberdade individual do sujeito privado e a liberdade pública do cidadão possibilitam-se reciprocamente e que, portanto, os sujeitos de direito só podem ser autônomos à medida que lhes seja permitido, no exercício de sua autonomia política, compreender-se como co-autores dos direitos aos quais devem prestar obediência.

4 Sobre a mediação entre soberania popular e direitos humanos

Assim, para Habermas (2002), não é de se espantar que as teorias jusnaturalistas modernas tenham dado uma dupla resposta às questões de legitimação, por um lado, pela alusão ao princípio da soberania popular e ao reconhecimento de direitos à comunicação e à participação que asseguram a autonomia pública dos cidadãos, e, por outro, pela referência ao domínio das leis, garantido pelos direitos humanos ou direitos fundamentais

² Sobre a distinção entre questões éticas (“vida boa”) e morais (“justiça”), ver p.243 e HABERMAS, 2000, p.109 *et seq.*

clássicos que garantem a autonomia privada dos membros da sociedade civil.

Para Habermas (2002, p. 291), o Direito legitima-se como um meio para a garantia equânime da autonomia pública e da autonomia privada.

As tradições da filosofia política moderna, contudo, não conseguiram dirimir a tensão entre soberania popular e direitos humanos, entre “liberdade dos antigos” e “liberdade dos modernos”. Por um lado, o Republicanismo dá primazia à autonomia pública e, por outro, o Liberalismo dá primazia aos direitos humanos. Assim, por um lado, a autonomia política tomaria corpo na auto-organização de uma comunidade que dá a si suas leis; e a autonomia privada, por outro, deveria afigurar-se no domínio anônimo dessas mesmas leis. Sobre isso, ver (HABERMAS, 2002, p. 269 *et seq.*; OLIVEIRA, 2000, p. 49 *et. seq.*). Tais compreensões levam Habermas a afirmar que:

Quando é esse o caminho traçado, então uma idéia só pode ser validade à custa da outra. E a equiprimordialidade de ambas, intuitivamente elucidativa, não segue adiante (HABERMAS, 2002, p. 291).

Segundo Habermas (2002), os direitos humanos não podem nem simplesmente ser impostos ao legislador político como uma restrição externa, nem se deixarem instrumentalizar como requisitos funcionais para seus fins político-legislativos. É preciso, então, considerar o procedimento democrático a partir da Teoria do Discurso: sob as condições do pluralismo social e cultural, é o procedimento democrático que confere força legitimadora ao processo legislativo. Sobre isso, ver (HABERMAS, 2002; REPOLÊS, 2003). Regulamentações que podem pretender legitimidade são justamente as que podem contar com a concordância de possivelmente todos os afetados enquanto participantes em discursos racionais, nos termos do “princípio do discurso” (HABERMAS, 2002, p. 269 *et seq.*; OLIVEIRA, 2000, p. 49 *et. seq.*). Se discursos e negociações são o que constitui o espaço de formação da opinião e da vontade política racional, então, segundo Habermas (2002, p. 292), a suposição de racionalidade que deve embasar o processo democrático tem que se apoiar num arranjo comunicativo segundo o qual tudo depende das condições sob as quais se podem institucionalizar juridicamente as formas de comunicação necessárias para a criação legítima do Direito (REPOLÊS, 2003, p. 118 *et seq.*). Assim, para Habermas,

A almejada coesão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste assim em que a exigência de institucionalização jurídica de uma prática civil do uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente por meio dos direitos humanos. Direitos humanos que possibilitam o exercício da soberania popular não se podem impingir de fora, como uma restrição (HABERMAS, 2000, p. 292; OLIVEIRA, 2000).

Todavia, Habermas (2002, p. 292) afirma que, até este ponto, só se elucidaram os direitos políticos, mas não os clássicos direitos que garantem autonomia privada. Esses direitos possuem um valor intrínseco ou, ao menos, não se diluem num valor instrumental em prol da formação democrática da vontade. Para demonstrar isso, é

necessário, agora, precisar a tese segundo a qual os direitos humanos possibilitam a práxis de autodeterminação dos cidadãos.

5 A relação entre autonomia pública e autonomia privada

A idéia de autodeterminação jurídica exige que os destinatários do Direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores. A idéia segundo a qual esses direitos são fatos morais, encontrados pelo constituinte e por ele positivados, entra em contradição com a idéia de autodeterminação.³

Todavia não há como ignorar que não cabe mais aos cidadãos a livre escolha do “medium” através do qual eles mesmos podem tornar efetiva sua autonomia, no papel de co-legisladores:

No processo legislativo os cidadãos só podem tomar parte na condição de sujeitos de direito; não podem mais decidir sobre a linguagem de que se devem servir. A idéia democrática da autolegislação não tem opção senão validar-se a si mesma no “médium” do direito (HABERMAS, 2002, p. 293).

Quando da institucionalização das condições para um processo legislativo democrático, sob a forma de direitos políticos, é necessário que o código do direito já esteja à disposição. Para a criação desse código, é necessário criar o “status” de sujeitos de direitos que pertençam, enquanto titulares de direito subjetivos, a uma comunidade jurídica. “Não há direito algum [modernamente falando] sem a autonomia privada de sujeitos de direito” (HABERMAS, 2002, p. 293).

Segundo Habermas (2002), sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria o “medium” para a institucionalização jurídica das condições sob as quais os sujeitos de direito podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos.

Assim, a autonomia pública e a privada pressupõem-se mutuamente, sem que haja primazia de uma sobre a outra. Habermas explica que

Os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos (HABERMAS, 2002, p. 294).⁴

³ Sobre isso, ver a resposta de Habermas a objeções de Frank Michelman em HABERMAS, 2003, p.165. E, aqui, é preciso corrigir um erro material: “Para enfrentar essa objeção, prefiro [não] recorrer à objetividade de idéias morais últimas.” Comparar com a tradução para o inglês, de William Rehg: “I prefer not to meet this objection by recourse to the transparent objectivity of ultimate moral insights” (HABERMAS, 2001, p.774).

⁴ Sobre isso, ver, também, a claríssima passagem de HABERMAS, Jürgen. “Acerca da legitimação com base nos direitos humanos” *In: A constelação pós-nacional*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p.147-149.

Segundo Habermas (2002, p. 294), essa coesão interna entre Estado de Direito e democracia foi encoberta pela concorrência dos paradigmas jurídicos – liberal e de bem-estar social – dominantes até hoje na história do constitucionalismo. Para Habermas:

Um paradigma jurídico explica, com a ajuda de um modelo da sociedade contemporânea, como devem ser entendidos e tratados os princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, para que possam cumprir, no dado contexto, as funções que normativamente lhes são atribuídas. Um ‘modelo social do direito’ (Wieacher) representa algo assim como a teoria implícita que a sociedade tem do sistema jurídico, a imagem que este faz de seu ambiente social. O paradigma jurídico indica, então, como, no marco de tal modelo, podem ser entendidos e realizados os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito. Os dois paradigmas jurídicos que mais conseqüências tiveram na história do Direito moderno e que ainda hoje competem entre si, são o do Direito formal burguês e do Direito materializado do Estado Social (HABERMAS, 1998, p.26-/469 *et seq.*).

O paradigma liberal pressupõe uma sociedade econômica de mercado que se institucionaliza por meio do direito privado; vincula-se à expectativa de que se possa alcançar justiça social pela garantia de um “status” negativo, pela delimitação de esferas de liberdade individuais.

O paradigma do Estado Social desenvolveu-se a partir de uma crítica consistente a essa suposição. Se a “liberdade de poder ter e poder adquirir” deve garantir justiça social, é preciso haver uma igualdade do poder juridicamente. Segundo Habermas (2002, p. 294), com a crescente desigualdade das posições de poder econômico e de condições sociais, “desestabilizaram-se sempre mais os pressupostos factuais capazes de proporcionar que o uso das capacidades jurídicas distribuídas por igual ocorresse sob uma efetiva igualdade de chances”. Não deixou de ser necessário, pois, especificar o conteúdo das normas vigentes do Direito Privado, nem de se introduzir direitos fundamentais de cunho social, que embasassem as reivindicações de uma distribuição mais justa da riqueza produzida e de uma defesa mais efetiva contra os riscos produzidos socialmente.

Todavia, nesse meio tempo, segundo Habermas (2002), a materialização do Direito ocasionou as conseqüências secundárias e indesejadas, de um paternalismo do Estado Social. Criticando, pois, o paradigma do Estado Social, Habermas afirma que

a almejada equiparação de situações de vida e posições de poder não podem levar a um tipo de intervenções normalizadoras que acabem por limitar o espaço de atuação de seus prováveis beneficiários, no que se refere à concepção autônoma dos projetos de vida de cada um deles (HABERMAS, 2002, p. 295).

Os dois paradigmas – liberal e social –, nos desdobramentos posteriores da “dialética entre a igualdade jurídica e factual”, revelaram-se igualmente comprometidos com a imagem produtivista de uma sociedade econômica capitalista e industrial. Para Habermas (2002), só há discordância entre esses dois paradigmas quanto a se poder garantir a autonomia privada diretamente mediante direitos de liberdade ou mediante a outorga de benefícios sociais. “Em ambos os casos, perdeu-se de vista a coesão interna entre autonomia privada e pública.” (HABERMAS, 2002).

6 O exemplo das políticas feministas de equiparação

A partir das políticas feministas de equiparação é possível demonstrar, segundo Habermas (2002), que a política do Direito oscila desamparadamente entre o paradigma liberal e o social, e isso perdurará enquanto ela continuar limitada à garantia da autonomia privada e enquanto se continuar ofuscando a coesão interna entre autonomia privada e autonomia pública:

Pois os sujeitos privados só podem chegar ao gozo de liberdades subjetivas, se eles mesmos, no exercício de sua autonomia de cidadãos do Estado, tiverem clareza quanto aos interesses e parâmetros justos e puserem-se de acordo quanto a aspectos relevantes sob os quais se deve tratar com igualdade o que é igual, e com desigualdade o que é desigual (HABERMAS, 2002, p. 296).

A política liberal tomou por objetivo suprimir o acoplamento existente entre conquista de “status” e identidade de gênero, para garantir à mulher igualdade de oportunidades. Mas tão logo que se logrou impor ao menos em parte a equiparação formal, evidenciou-se de forma dramática o tratamento desigual que de fato se destina às mulheres.

Já a política do Estado Social, quer através do Direito do Trabalho, do Direito Previdenciário ou do Direito de Família, procurou reagir a tal situação de desigualdade com regulamentações especiais, referentes, por exemplo, à gravidez e à maternidade. Desde então, não apenas as exigências não atendidas tornaram-se objeto de crítica feminista, mas também as conseqüências ambivalentes dos programas sociais implementados com êxito, ou seja, o risco de desemprego, de salários mais baixos, a feminilização da pobreza, o problema da criança etc. (HABERMAS, 2002; BARROS, 1995).

Segundo Habermas, há uma razão, do ponto de vista jurídico, para essa discriminação criada reflexivamente nas classificações amplamente generalizantes, aplicadas a situações desfavorecedoras e a grupos desfavorecidos:

essas classificações ‘errôneas’ levam a intervenções ‘normalizadoras’ na maneira de conduzir a vida, as quais permitem que a almejada compensação de danos acabe se convertendo em nova discriminação, ou seja, garantia de liberdade converte-se em privação de liberdade (HABERMAS, 2002, p. 296).

Tal paternalismo, segundo nos lembra Habermas (2002), é assumido de forma literal: o Legislativo e a Jurisdição contribuem com o fortalecimento dos estereótipos de identidade de gênero já vigentes, ao orientarem-se segundo modelos de interpretação tradicionais.

A classificação dos papéis sexuais e das diferenças vinculadas aos sexos concerne a camadas elementares da autoconsciência cultural de uma sociedade. Só hoje o feminismo radical toma consciência do caráter falível, merecedor de revisões e fundamentalmente controverso dessa auto-compreensão (HABERMAS, 2002, p. 296)⁵.

⁵ Ver, também, HABERMAS, Jürgen. “A luta pelo reconhecimento no Estado democrático de Direito” *In*: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*, p.235-239.

Segundo Habermas (2002), o movimento feminista tem advogado insistentemente que determinados enfoques da questão de gênero devem ser esclarecidos em meio à opinião pública, em controvérsias acerca da interpretação de carências e critérios, a começar pelos enfoques sob os quais as diferenças entre experiências e situações de vida de homens e mulheres tornam-se relevantes para que o uso das liberdades individuais possa ocorrer com igualdade de oportunidades. Assim, a partir da luta pela igualdade de condições para as mulheres é possível, segundo Habermas (2002, p. 296)⁶, mostrar a mudança urgente da compreensão paradigmática do direito.

Assim, nas palavras de Habermas:

Em lugar da controvérsia sobre ser melhor assegurar a autonomia das pessoas do direito por meio de liberdades individuais para haver concorrência entre os indivíduos em particular ou então mediante reivindicações de benefícios outorgadas a clientes de um Estado de bem-estar social, surge agora uma concepção jurídica procedimentalista, segundo a qual o processo democrático precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública: os direitos subjetivos, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo e privado para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado sem que os próprios envolvidos articulem e fundamentem os aspectos relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos. Só se garante autonomia privada em igualdade de direito quanto isso se dá em conjunto com a intensificação da autonomia civil no âmbito do Estado (HABERMAS, 2002, p. 297).

7 Referências

BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. Originalmente apresentada como tese de doutorado.

COSTA, Reginaldo da. Discurso, direito e democracia em Habermas e MOREIRA, Luiz. Direito e normatividade In: MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. “Constitutional Democracy: A paradoxal union of contradictory principles?”. *Political Theory*, vol.29, n.6, dec. 2001, 774 p.

_____. “Del uso ético, pragmático y moral de la razón práctica” In: *Aclaraciones a la ética del discurso*. Trad José Mardomingo. Madrid: Trotta, 2000, p.109 *et seq.*

⁶ Em *Facticidad y validez*, Habermas esclarece, p. 264: “Com a interpretação que venho fazendo do Direito e da política, nos termos da Teoria do Discurso, minha intenção é apresentar contornos mais claros para um terceiro paradigma do Direito, que recapitule em si os outros dois [o liberal e o de bem-estar social]. Parto da hipótese, segundo a qual, o que mais se ajusta aos sistemas jurídicos, que em fins do século XX, vigoram nas democracias de massa, articulados no marco do Estado Social, é uma compreensão procedimental do Direito”.

_____. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 165 p.

_____. “Estado democrático de direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?” In: HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Facticidad y validez: sobre el estado democrático de derecho en términos de teoría del derecho*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

_____. Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia. In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. “Acerca da legitimação com base nos direitos humanos” In: *A constelação pós-nacional*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p.147-149.

MOREIRA, Luiz. Direito e normatividade In: MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

_____. *Fundamentação do Direito em Habermas*, 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

**Direito, democracia e processo
constitucional segundo John Hart Ely,
Ronald Dworkin e Robert Alexy**

Marcelo Cunha de Araújo
PUC-MG
UFMG

RESUMO

Alguns dos juristas mais importantes da atualidade, John Hart Ely, Ronald Dworkin e Robert Alexy têm aqui discutidas suas contribuições para a compreensão arguta da natureza do Direito, da Democracia e do processo constitucional, reflexão cujo impulso decisivo se encontra na questão dos princípios em Direito.

1 Introdução

O presente trabalho visa estabelecer as principais distinções teóricas entre o pensamento de John Hart Ely, Ronald Dworkin, Robert Alexy no que diz respeito à interpretação de proposições tidas como jurídicas. Para tanto, abordaremos as obras dos autores citados e seus mais autorizados críticos e comentaristas.

2 Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito

Antes de iniciarmos nossa abordagem direta sobre o tema, cabe explanação simples e rápida sobre os principais conceitos referentes ao estudo.

Autor brasileiro reconhecido pela inovação à sua época, tendo conseguido captar os principais ensinamentos dos mestres europeus em matéria de Hermenêutica Jurídica, Carlos Maximiliano Pereira dos Santos deve ser considerado como o grande jurista que mostrou aos estudiosos brasileiros a importância do estudo da interpretação das leis. Obviamente, como era de se esperar, as teorias, com o passar do tempo, vão sendo aprimoradas. Isto, entretanto, não retira seu valor como embasamento das novas formas de pensamento e como reflexo histórico de um contexto ideológico político e social.

Na clássica definição do mestre, “A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”(SANTOS, 1957, p.3, grifos nossos).

Ainda, elucidando a diferença de **interpretação e hermenêutica**, o saudoso Professor complementa:

Do exposto ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de **Hermenêutica**, – **Interpretação**. Esta é aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar [...]

Não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico [...]

Descobertos os métodos de interpretação, examinados em separado, um por um; nada resultaria de orgânico, de construtor, se os não enfaixássemos em um todo lógico, em um complexo harmônico. À análise sucede a síntese. Intervenha a Hermenêutica, a fim de proceder à **sistematização** dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito (SANTOS, 1957, p. 14-18, grifo nosso).

O emérito jurista, ao discorrer sobre a aplicação do Direito já assim conceitua:

A **aplicação do Direito** consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano [...].

A **aplicação** não prescinde da **Hermenêutica**: a primeira pressupõe a segunda, como a medicação, a diagnose. Em erro também incorre quem confunde as duas disciplinas: uma, a Hermenêutica, tem um só objeto – a lei; a outra, dois – o Direito, no sentido objetivo, e o fato. Aquela é meio para atingir a esta; é um momento da atividade do aplicador do direito. Pode a última ser o estudo preferido do teórico; a primeira, a Aplicação, revela o adaptador da doutrina à prática, da ciência à realidade: o verdadeiro jurisconsulto (SANTOS, 1957, p. 19-22, grifos nossos).

Partindo destas concepções iniciais, podemos dar um salto rumo à Teoria Discursiva do Direito¹. Nesta abordagem de vanguarda, algumas diferenciações essenciais são feitas em relação aos institutos *supra* descritos.

Primeiramente, a interpretação deixa de visar a elucidação de uma “vontade escondida” no texto da norma e passa a significar a atribuição de significado ao próprio texto. Canotilho assim explana a matéria:

Interpretar as normas constitucionais significa (como toda interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional.

A interpretação jurídico-constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição. Esta interpretação faz-se mediante a utilização de determinados critérios (ou medidas) que se pretendam objetivos, transparentes e científicos (teoria ou doutrina da hermenêutica).

Interpretar a constituição é uma tarefa que se impõe metodicamente a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administração, tribunais). Todos aqueles que são incumbidos de aplicar e concretizar a constituição devem: 1) encontrar um resultado constitucionalmente ‘justo’ através da adoção de um procedimento (método) racional e controlável; 2) fundamentar este resultado também de forma racional e controlável (Hesse). Considerar a interpretação como tarefa, significa, por conseguinte, que toda a norma é ‘significativa’, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa (CANOTILHO, 1995, p. 208-209, grifos nossos).

Desta forma, cabe justa crítica à doutrina positivista da interpretação que visa, a partir de aplicação de métodos puros (objetivos), “desvendar” o significado escondido nos termos do dispositivo de uma norma. A Hermenêutica Positivista (métodos objetivos da ‘Ciência do Direito’ que direcionam a ‘arte’ da interpretação na busca da descoberta do significado ‘es-

¹ Na feliz conceituação de GALUPPO: “A teoria da argumentação jurídica é uma teoria pragmática do direito cujo objetivo é a compreensão da fundamentação (tanto no plano da aplicação quanto no plano da justificação) do direito. Teorias Pragmáticas [discursivas] são aquelas que privilegiam as relações que se estabelecem *entre os falantes* (os sujeitos jurídicos) *por meio da linguagem* (ou da comunicação jurídica, aí incluindo as normas jurídicas), e se diferenciam das Teorias Sintáticas (ou analíticas) do direito (que são aquelas que, como o modelo kelseano, privilegiam a relação que se estabelece *entre as normas jurídicas*), seja das Teorias Semânticas (ou hermenêuticas) do direito (que são aquelas que privilegiam a relação entre o signo, ou no caso jurídico a norma, e seu significado). in GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios Jurídicos e a Solução de seus Conflitos – A contribuição da obra de ALEXANDRE DE MENEZES. *apud Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 2o sem. 1998. p. 134.

condido' no texto) tem como princípio fundamental a pureza do método, alheio a variáveis históricas, políticas, ideológicas etc.

O Prof. Oliveira indica a falha, tendo como fulcro o pensamento de Habermas:

Nesse sentido, as análises empreendidas pela Teoria Discursiva do Direito são fundamentais para o nosso estudo, pois reconhecem que a problemática acerca da interpretação jurídica é, no fundo, uma questão em torno da disputa de paradigmas de Direito, de pré-concepções a respeito de como se deve interpretar e aplicar o Direito.

Toda interpretação, assim como toda atividade humana, dá-se num contexto histórico, pressupõe paradigmas e, para usar uma expressão de Habermas, um pano de fundo de mundos da vida compartilháveis, que simplesmente não podem ser, em sua totalidade, colocados entre parênteses, através de uma atividade de distanciamento ou abstração, porque o ser humano não pode abstrair-se de si mesmo, não pode fugir à sua condição de ser de linguagem; 'paradigmas', 'mundos da vida' compartilháveis, embora plurais, são condições para a interpretação, são condições de comunicação.

Por isso, a atividade de interpretação jurídica não se dá, como acreditavam certas correntes positivistas, porque a linguagem através da qual a norma se expressa é ambígua ou obscura ou porque aquele que editou a norma assim o quis. Toda comunicação implica interpretação, não no sentido de que seja preciso desvendar um pretense verdadeiro significado, ou seja, aquele significado que o emissor quis ou tentou expressar, mas no sentido de que interpretar implica atribuir sentido, compreender o que se comunica, sob o pano de fundo de tradições e mundos de vida compartilháveis.

De fato, não há um método ou métodos capazes de revelar o 'verdadeiro significado' de uma norma jurídica, pois nenhum método é instrumento neutro capaz de superar a sua própria condição de obra humana, histórica e datada.

Mas também não há, como propôs Hans Kelsen, como falar das interpretações possíveis. Mas, tão somente, de interpretações possíveis, segundo este ou aquele paradigma de Direito [...] (OLIVEIRA, 2001, p. 143).

Desta maneira, os conceitos de Hermenêutica e de Interpretação necessitam de adaptações para que se coadunem com um pensamento aparte das amarras do positivismo. Ao se desvencilhar desta corrente, a primeira característica é a de, no campo da Hermenêutica, abandonar a pretensão hermética de que os métodos de interpretação devem ser sempre objetivos e puros.

Deixa-se de lado a busca da "Ciência Objetiva Hermenêutica" e passa-se a procurar o significado das normas como verdadeira criação humana. Como fruto de um trabalho do homem, a norma não pode ser considerada como um objeto estático e dado, inerte aos paradigmas de sua criação e aplicação.

Logo, como método, a Hermenêutica deve, ainda, constituir a síntese dos procedimentos próprios à interpretação jurídica. Necessita, porém, estar atenta à influência gerada por sua própria ontologia de obra humana: os paradigmas históricos e de justiça, equidade e de devido processo legal (Dworkin) fazem parte do método (Cf. ARAÚJO,

2001, p. 118-142); não sendo alheios ao mesmo.

A **interpretação**, como objeto do método hermenêutico, passa a ser considerada não como a busca do significado “puro” do texto normativo a partir das interpretações possíveis, mas a atribuição de um significado próprio e específico que melhor se coaduna com os paradigmas da sociedade em que a atividade interpretativa se faz (obviamente, a partir do texto legal).

Há outra discussão que necessita de nossa atenção: a do discurso da justificação e de aplicação da norma.

Verificamos, como exposto, que a Hermenêutica deve estar atenta aos paradigmas (históricos e sociais) de criação e aplicação das normas jurídicas.

Como já dito anteriormente, trabalhamos, agora, numa Teoria Discursiva do Direito. Assim (*vide nota supra* de Galuppo), o desenvolvimento dos institutos se dará pelo privilégio da comunicação entre os sujeitos jurídicos por meio da linguagem. Desta forma, o instituto da aplicação do direito, além de dever ser considerado ao lado de um novo instituto (justificação do direito), será desenvolvido pelo método do discurso.

O Professor Oliveira assim os conceitua:

Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem como o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático [...]

Já os discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do Princípio da Adequabilidade (Günther), sempre pressupondo um ‘pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas’ [...]

A validade prima facie de uma norma tão somente significa que esta foi imparcialmente justificada.

Os discursos de aplicação não se referem à validade de uma norma, mas à adequabilidade de sua referência a uma situação. [...] o discurso de aplicação deve determinar quais são as descrições de fatos relevantes para a interpretação da situação em um caso controverso, bem como determinar qual dentre as normas prima facie é a adequada [...] (OLIVEIRA, 2001, p. 146 *et seq.*, grifos nossos).

Notamos, então, que, além do instituto da aplicação positivista, complementar aos conceitos de hermenêutica e interpretação, devemos associar, para uma completa disciplina da norma jurídica, o instituto da justificação. Como disposto *supra*, antes de perquirirmos sobre uma possível aplicabilidade da norma ao caso concreto, devemos saber se esta é uma norma válida (se foi validamente constituída por um processo legislativo constitucional).

Outro aspecto importante diz respeito ao novo entendimento do que seja aplicação. Diferentemente da visão positivista (*vide* citação de Carlos Maximiliano), a aplicação não mais diz respeito, simplesmente, ao direito objetivo e aos fatos. A aplicação, neste novo

modo de encarar as normas e os casos concretos, leva em conta os paradigmas históricos e culturais da sociedade em que se dá a própria aplicação.

Por último, uma característica deve ser ressaltada: na doutrina clássica positivista, a aplicação sempre se dava no sentido da norma à interpretação (pelos métodos objetivos ditados pela Hermenêutica) à Caso Concreto (Silogismo). Agora, no novo paradigma de aplicação, a interpretação se dá em ambos sentidos: do caso concreto à norma e da norma ao caso concreto. O senso de Adequabilidade normativa indica, claramente, que o caso concreto delimitará (de acordo com os paradigmas histórico-culturais democráticos) qual interpretação da norma é aplicável a este único evento fático.

Neste sentido, o emérito professor continua sua lição:

Assim, um Juízo singular deve fundar-se no conjunto de todas as razões pertinentes que sejam relevantes em um dado ponto, com vistas à uma interpretação completa da situação. Ao Juiz, então, cabe desenvolver um senso de adequabilidade: que várias interpretações sejam possíveis ou que várias normas sejam válidas, da perspectiva dos discursos jurídicos de justificação, isso não quer dizer que todas elas sejam adequadas ao caso concreto [...].

A solução correta advém, pois, do desenvolvimento de um senso de adequabilidade normativa, de uma interpretação racional e argumentativamente fundada em cada situação, tendo em vista uma reconstrução paradigmática apropriada do Direito vigente (OLIVEIRA, 2001, p. 148-149, grifos nossos).

Estas observações, entretanto, constituem apenas o início da problematização a ser apresentada. O que se verifica, assim, é que as estreitas amarras do positivismo são insuficientes para responder às questões da complexidade do pluralismo atual. Não se trata tampouco, por outro lado, de se abandonar os avanços do objetivismo positivo para se dedicar a uma flexibilização extrema, em que se possibilite uma liberdade de atuação total do intérprete.

As propostas dos autores tidos como marcos teóricos do presente artigo procuram um sítio propício entre a rigidez e a maleabilidade, entre a ditadura do objeto e a ditadura do sujeito (intérprete), entre a supremacia do legislativo e a do judiciário. Neste contexto, iniciaremos nossa abordagem específica.

3 A Teoria Procedimental da Constituição de John Hart Ely

Em seu livro *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*, John Hart Ely (1980) apresenta sua proposta inovadora.

Ely inicia sua argumentação dizendo que as teorias atuais de interpretação constitucional se dividem, basicamente, em duas vertentes: os interpretativistas e os não interpretativistas. Apresentando críticas a ambas as vertentes, o autor apresenta sua proposta, como dito *supra*: a Teoria Procedimental da Constituição. Saliente-se que a problematização do autor reflete claramente o que foi abordado no item anterior: busca-se uma terceira via

flexibilizadora do objetivismo puro sem significar a liberdade total do intérprete. A exposição de Ely segue um didatismo visível, combatendo os pontos falhos tanto do interpretativismo como do não-interpretativismo.

Inicialmente, o autor conceitua as duas concepções:

Interpretativism and noninterpretativism – the former indicating that judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution, the latter the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document² (ELY, 1980, p. 1).

A visão interpretativista é tida pelo autor como atraente, mesmo porque ela se adequa melhor à teoria democrática (democracia representativa)³ subjacente à atividade do legislativo e do judiciário. O autor, entretanto, aduz que a adequação à teoria democrática também é um problema, embora menor, no interpretativismo. Quando se diz que a vontade da constituição representa a ‘voz do povo’, esse povo, no caso da constituição dos Estados Unidos, já está morto há mais de dois séculos.

O autor subdivide, então, os tipos de interpretativismo em interpretativismo estrito (ou restrito – “*clause-bound interpretativism*”) e interpretativismo flexível (“*broad form of interpretativism*”). Citamos suas características:

One might admit that a number of constitutional phrases cannot intelligibly be given content solely on the basis of their language and surrounding legislative history, indeed that certain of them seem on their face to call for an injection of content from some source beyond the provision, but hold nonetheless that theory one employs to supply that content should be derived from the general themes of the entire constitutional document and not from some source entirely beyond its four corners. It might even be hoped that this broad form of interpretativism is capable of avoiding the pitfalls of narrower (‘or clause-bound’) interpretativism and at the same time preserving those comparative advantages (ELY, 1980, p.12).

O jurista norte-americano, então, expõe uma série de casos em que há o ‘convite’ da constituição em se interpretar além do documento, demonstrando a impossibilidade do interpretativismo.

² Tradução livre: Interpretativismo e não-interpretativismo – aquele indicando que os juízes, quando decidem questões constitucionais devem se ater às normas que são claramente postas ou implícitas na Constituição escrita. O último, numa visão oposta, que as cortes devem ir além e aplicar normas que não estão nos quatro cantos do documento.

³ Citamos passagem interessante que reflete a crítica ao não-interpretativismo: “Thus the central function, and it is at the same time the central problem of judicial review: a body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling people’s elected representatives that they cannot govern as they’d like. That may be desirable or it may not, depending on the principles on the basis of which it is done. We will want to ask whether anything else is any better, but the usual brand of noninterpretativism, with its appeal to some notion to be found neither in the Constitution, nor, obviously, in the judgement of the political branches, seems especially vulnerable to a charge of inconsistency with democratic theory”. Op. cit. p.5.

Sua forma restrita é facilmente descartada, vez que as interpretações literal (gramatical) e história, únicas permitidas pelo *clause-bond interpretativism*, são insuficientes à aplicação. O interpretativismo flexível (*broad form of interpretativism*), por sua vez, permite uma interpretação sistemática da constituição (como um todo harmônico), entretanto sem a possibilidade de utilização de elementos exteriores ao texto constitucional para se aplicar a norma ao caso concreto.

Nos casos expostos por Ely, nota-se a necessidade de se buscar fatores além da constituição para se possibilitar a interpretação de determinadas normas constitucionais⁴. Havendo esta necessidade, torna-se essencial, também, saber até onde pode o intérprete-juiz buscar esta fonte de sentido normativo sem ofender ao princípio democrático-representativo do estado. O autor assim resume a questão:

If a principled approach to judicial enforcement of the Constitution's open-ended provisions cannot be developed, one that is not hopelessly inconsistent with our nation's commitment to representative democracy, responsible commentators must consider seriously the possibility that courts simply should stay away from them. Given the transparent failure of the dominant mode of 'noninterpretivist' review, Justice Black's instinct to decline the delegation was healthy. But the dominant mode can be improved upon, or at least that is the burden of the rest of this book⁵ (ELY, 1980, p. 41).

Uma vez que o interpretativismo é insuficiente à análise das normas constitucionais abertas (*Constitution's open-ended provisions*), Ely passa ao estudo de seu oponente: o não-interpretativismo. Esta vertente de interpretação considera que, nos casos em que há normas constitucionais abertas, a Suprema Corte deve dar sentido a estas, identificando os valores que são, por uma fórmula ou por outra, verdadeiramente importantes ou fundamentais. Este capítulo foi denominado, assim, *Discovering Fundamental Values* (Descobrendo Valores Fundamentais).

⁴ Os casos abordados por ELY que denotam esta necessidade são: *i.* The Cruel and Unusual Punishment Clause (p. 14): "it does invite the person interpreting it to freelance to a degree, but the freelancing is bounded. The subject is punishments, not the entire range of government action, and even in that limited area the delegation to the interpreter is not entirely unguided: only those punishments that are in some way serious ('cruel') and susceptible to sporadic imposition ('unusual') are to be disallowed"; *ii.* Due Process (14th Amendment - p. 15): "The 'substantive due process' notion is widely accepted by commentators. [...] [but] it is crystal clear that the framers of the Fourteenth Amendment intended their Due Process Clause to reach only procedural questions"; *iii.* The 14th Amendment's Privileges or Immunities Clause (p. 22): " 'No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States' – seems on its face to convey the sort of substantive review authority that has erroneously been attributed to the Due Process Clause"; *iv.* The Equal Protection Clause (p. 30): " 'No State Shall ... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws'. [...] Obviously all unequal treatment by the state cannot be forbidden".

⁵ Tradução livre: Se uma abordagem principiológica (consistente) para a aplicação de disposições constitucionais abertas não puder ser desenvolvida, uma que não seja flagrantemente inconsistente com a teoria democrático-representativa, doutrinadores responsáveis devem considerar a possível orientação para que os juízes simplesmente se afastem delas. Dado o fracasso transparente do modo dominante do não-interpretativismo, o instinto do Juiz Black [Juiz interpretativista da Suprema Corte Americana] de não aceitar a delegação de normas abertas foi saudável. Mas o modo dominante do não-interpretativismo pode ser aprimorado, ou ao menos este será o objetivo do restante do livro.

Muitas técnicas de descobrir valores fundamentais, historicamente já admitidas na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, são, então, abordadas pelo autor, que termina por descartá-las todas.

A primeira análise de Ely diz respeito ao caso de, na hipótese de normas abertas, aplicar-se os próprios valores do Juiz “*The ultimate test of Justice’s work, I suggest, must be goodness ...*” – (J. Skelly Wright – *apud* ELY, 1980, p. 44). Interessante o trecho do autor:

[...] in many cases that although the judge or commentator in question may be talking in terms of some ‘objective’ nonpersonal method of identification, what he is really likely to be ‘discovering’, whether or not he is fully aware of it, are his own values (ELY, 1980, p. 44)

Esta fórmula é atacada pela ausência de legitimidade (inapropriada à função judicial que não se presta a proteger juridicamente valores, vez que a tutela jurídica dos valores é escolhida pelo legislativo – democracia representativa – não sendo adequada ao regime político), além de não se tratar de um método passível de sistematização, vez que cada Juiz terá seus próprios valores.

Numa segunda aproximação dos métodos de se descobrir valores fundamentais passíveis de complementar o sentido aberto das open-ended provisions, o jurista americano fala sobre o Direito Natural⁶ “‘Well, what may seem like the truth to you’, said the seventeen-year-old bus driver and part-time philosopher, ‘may not, of course, seem like the truth to the other fella, you know’. ‘Then the Other Fellow is Wrong, Idiot!’ Philip Roth, *The Great American Novel* (*Apud* Ely, 1980, p. 48).

A teoria do direito natural, apesar de possuir seus óbvios atrativos, é um método insuficiente na busca pelos valores fundamentais aptos a preencher de sentido as cláusulas constitucionais abertas. Todas as teorias de direito natural, expõe o autor, têm uma abstração peculiar que significa a possibilidade do direito natural ser invocado para todos os casos que se pretenda. Como exemplo, Ely cita a seguinte decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que recusou o pedido da Sra. Bradwell para se tornar uma advogada:

The civil law, as well as nature herself, has always recognized a wide difference in the respective spheres and destines of man and woman... The constitution of the family organization, which is founded in the divine ordinance, as well as in the nature of things, indicates the domestic sphere as that which properly belongs to the domain and functions of womanhood [...] The paramount destiny and mission of woman are to fulfill the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator (ELY, 1980, p. 51. Justice Bradley (1872); *Bradwell v. Illinois*).

Tanto é assim que este Direito foi invocado em ambos os lados quando da discussão da

⁶ A definição de W. Blackstone define bem o que seria o Direito Natural: “This law of nature being coeval with mankind and dictated by God himself is of course superior in obligation to any other. It is binding over the whole globe, in all countries and all times. No human laws are of any validity if contrary to this [...]”. (*Apud* ELY, 1980, p. 48).

questão escravocrata, alguns fundamentando no Direito Natural para a existência da escravidão, outros para sua abolição. Assim, dificilmente poderíamos chegar a uma verdade sobre os valores morais absolutos de toda humanidade, que constituiriam o âmago do Direito Natural, sem nos depararmos com assertivas tão vagas que impediriam sua aplicabilidade. Logo, o autor conclui pela necessidade de se abandonar esta forma de se descobrir valores fundamentais.

Uma outra proposta seria a utilização dos Princípios Neutros do Direito Constitucional. Herbert Wechsler argumenta que a Suprema Corte deve proceder com base nos princípios neutros que transcendem os casos específicos e trata casos similares da mesma forma “The Supreme Court ... should proceed on the basis of principles that transcend the case at bar and treat like cases alike” (p. 54).

Ely, então, elucida o problema lógico deste método. Como os princípios neutros seriam verificados *a posteriori*, estes princípios não solucionariam a questão de quais os valores fundamentais são os apropriados ao caso concreto. Seria incorreto afirmar que, embora exista coerência entre diversos casos analisados pela Corte (tendo sido aplicado sempre o mesmo princípio neutro aos casos semelhantes), este princípio neutro seja o adequado ao preenchimento do conteúdo da cláusula aberta constitucional. Além disto, os princípios neutros levam a um conservadorismo judicial de imutabilidade pelo precedente⁷.

Também a razão, como método da filosofia moral, poderia ser usada pelo intérprete no sentido de identificar os valores fundamentais. Deveriam os juízes, assim, decidir de acordo com os fins do governo do Estado (“Judges have, or should have, the leisure, the training, and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government” – p. 56).

Aqui temos, mais uma vez, o mesmo problema dos princípios neutros: a razão, por si só, não é capaz de dizer nada, servindo apenas para possibilitar a conexão entre premissas e conclusões. Além disso, não existe apenas um método de filosofia moral, sendo impossível ao Juiz descobrir os valores fundamentais segundo um método (ex. método de John Rawls – *A Theory of Justice* – ou de Robert Nozick – *Anarchy, State and Utopia*), o que recairia na discricionariedade pura. Neste sentido, citamos trecho de Robert Dahl:

After nearly twenty-five centuries, almost the only people who seem to be convinced of the advantages of being ruled by philosopher-kings are a few philosophers (*Apud* ELY, 1980, p. 59-60).

Seguindo sua empreitada, Ely questiona a respeito da tradição como forma de descobrir os valores fundamentais. Apesar de sempre haver referência à tradição em decisões judiciais, seus problemas são óbvios. O primeiro (e maior deles) é que este critério pode

⁷ Assim, pelos princípios neutros, o caso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 494 (1954), teria uma decisão equivocada, vez que não respeitou o princípio neutro do caso *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 544 (1896).

justificar qualquer argumentação. Há evidente campo de manobra na técnica (A tradição de quem? Dos EUA? Dos países de língua inglesa? Hoje? No passado? Após a Constituição ou antes? Tradição da maioria? Alguns modelos para a tradição podem ser invocados, por exemplo, Jesus Cristo?), impossibilitando um campo sólido para o controle da constitucionalidade.

Há outro argumento, outrossim, contrário à tradição: sua característica antipluralista. Como as tradições se tornam tradições pela repetição de usos e costumes por uma maioria, não há qualquer tipo de proteção às minorias e seus direitos fundamentais, sem falar que se estaria controlando o presente pelas tradições de gerações passadas (o povo do passado controlando o povo presente), o que vai de encontro à teoria democrática.

Existe a idéia, por sua vez, de que a sociedade compartilha uma série de valores consensuais. Por conseguinte, o consenso pode ser uma forma de se buscar valores fundamentais. Seriam os valores atuais vistos sob a luz da tradição. A fraqueza desta concepção é evidente. A um, este consenso pode nem existir, refletindo muito mais a vontade do intérprete de que este consenso exista. A dois, o consenso que existe (se existe) na sociedade (*out there*) não é facilmente captado pelos órgãos governamentais, muito menos pelas cortes. A três, caso este consenso exista (o que, em minha opinião, é de difícil aceitação), ele representa, na verdade, a vontade de uma maioria, não respeitando as minorias não consensuais.

Por fim, o autor coloca a metodologia da predição do progresso (*Predicting Progress*) como possível forma de se trabalhar com as *open-ended provisions*. O Juiz, então, prediria o futuro para amoldar os princípios constitucionais de acordo com a melhor estimativa do que o observador do futuro veria como progresso. Os problemas são facilmente destacados.

Não há qualquer razão para dizer que os juízes são as pessoas qualificadas (e legitimadas) para predizer os desenvolvimentos futuros da opinião popular. Além disto, o problema antidemocrático é evidente: controlar a geração de hoje com os valores de nossos avós não é diferente do controle pelos supostos valores de nossos netos. Também prever que a maioria de hoje será a maioria de amanhã não faz sentido, sem falar na ausência de proteção às minorias (de hoje e de amanhã). Na verdade, o problema ainda é o mesmo, aplicando o Juiz seus próprios valores, quando diz estar fazendo uma projeção do futuro (tanto que, se o futuro ocorrer do modo como “previu” a Corte, tal pode ter se dado tão somente porque a Corte assim decidiu – direcionismo político do judiciário).

Chega-se, por fim, à conclusão de que

[...] now I can see how someone who started with Bickel premise, that the proper role of the Court is the definition and imposition of values, might well after a lifetime of searching conclude that since nothing else works – since there isn't any impersonal value source out there waiting to be tapped – one might just as well 'do the right thing' by imposing one's

own values. It's a conclusion of desperation, but in this case an inevitable desperation. No answer is what the wrong question begets⁸ (ELY, 1980, p. 72).

Seria em vão, por conseguinte, procurar pelos valores fundamentais a serem aplicados pelas cortes nos casos de normas abertas constitucionais. Não há, como demonstrado, uma fórmula para que seja possível as Cortes descobrirem os valores fundamentais de forma impessoal e teoricamente adequada, respeitando-se os princípios básicos da democracia representativa. Surge a necessidade de se verificar se estas são as únicas opções. Ely coloca, então, sua Teoria Procedimental da Constituição como uma solução ao problema sem resposta.

Na verdade, as cláusulas abertas da constituição reclamam não um descobrimento e aplicação de valores, estando a questão anterior erroneamente colocada.

Ely faz uma análise, então, da corte de Warren⁹ (Juiz Chefe da Suprema Corte), dizendo que a mesma não se orientou, de forma geral, segundo valores, e sim em *process-oriented decisions* que resguardavam a *proper function of the democratic process*. Citamos:

These were certainly interventionist decisions, but the interventionism was fueled not by a desire on the part of the Court to vindicate particular substantive values it had determined were important or fundamental, but rather by a desire to ensure that the political process – which is where such values are properly identified, weighed and accommodated – was open to those of all viewpoints on something approaching an equal basis (ELY, 1980, p. 74).

A corte de Warren se caracterizou, então, pela tutela dos canais de mudança política e pela correção de certos tipos de discriminação de minorias, o que, na visão do autor, caracteriza uma coerente defesa da teoria democrático-representativa, e não simplesmente a imposição de valores pelo Poder Judiciário¹⁰.

⁸ Tradução livre: Agora posso ver que alguém que começou com a premissa de BICKEL, que a função da Corte é definir e impor valores, pode, depois de uma vida toda de procura, concluir que, já que nada mais funciona – uma vez que não há qualquer fonte de valores impessoais lá fora [*out there*] esperando serem descobertos – o Juiz pode “fazer a coisa certa”, impondo seus próprios valores. Esta é uma conclusão do desespero, mas neste caso um desespero inevitável. Nenhuma resposta é correta, quando a pergunta está errada.

⁹ Este capítulo da obra denomina-se *Policing the Process of Representation: The Court as Referee* (Fiscalizando o Processo de Representação: A Corte como Árbitro), o que reflete bem a visão desenvolvida pelo autor.

¹⁰ Importante frisar a crítica de que talvez o autor esteja colocando a participação política como um valor a ser imposto pelas Cortes. Neste sentido o autor reafirma sua posição: “Participation itself can obviously be regarded as a value, but that doesn't collapse the [...] view. As I am using the terms, value imposition refers to the designation of certain goods (rights or whatever) as so important that they must be insulated from whatever inhibition the political process might impose, whereas a participational orientation denotes a form of review that concerns itself with how decisions effecting value choices and distributing the resultant costs and benefits are made [...] If the objection is not that I have not distinguished two concepts but rather that one might well ‘value’ certain decision procedures for their own sake, of course it is right: one might. And to one who insisted on that terminology, my point would be that the ‘values’ the Court should pursue are ‘participational values’ of the sort I have mentioned, since those are the values: (1) with which our Constitution has preeminently and most successfully concerned itself, (2) whose ‘imposition’ is not incompatible with, but on the contrary supports, the American system of representative democracy, and (3) that courts set apart from political process are uniquely situated to ‘impose’ ”. Op.cit. p. 75.

A função do Poder Judiciário seria, então, fiscalizar para que o maquinário do governo democrático continue funcionando devidamente, mantendo os canais de participação política e de comunicação abertos, além da proteção de minorias¹¹.

Ely defende que a necessidade de possibilidade de participação no processo de governo e a igual participação nos custos e benefícios deste processo de governo são decorrências necessárias do regime político representativo. As cortes, desta forma, devem retirar os entraves à Democracia, sendo um árbitro da forma operativa (processual) do sistema. O árbitro interfere, quando um time do outro está burlando as regras, e não quando um time “certo” ou um time “errado” ganha a partida.

Os argumentos que fundamentam esta afirmação são basicamente que:

1 – Ao contrário da definição clássica de Constituição como “an enduring but evolving statement of general values”, o que realmente a caracteriza é a preocupação com a lisura processual na resolução de conflitos intersubjetivos e a manutenção da participação geral nos processos e distribuição de custos e benefícios do governo¹², deixando a seleção e acomodação dos valores substantivos quase que totalmente relegados ao processo político. Assim, preservar valores fundamentais não seria uma função constitucionalmente adequada às open-ended provisions.

2 – O controle de Constitucionalidade pela preservação da participação, ao contrário de seu rival focalizado na proteção de valores fundamentais, possui coerência com a teoria política da democracia representativa.

3 – Também este tipo de abordagem à Jurisdição Constitucional, diversamente da escolha de valores, envolve tarefas que as Cortes são mais qualificadas, já que são expertos em processo e são alheios, por definição, à política.

4 – Caso esta função não seja executada pelo Judiciário, não existe qualquer outro Poder

¹¹ Esta função é bem explicitada na famosa nota de rodapé nº4 do caso *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938): “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth [...] It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation [...]. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious [...] or national [...] or racial minorities [...]; whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry”.

¹² Citamos passagem explicativa: “The American Constitution has thus by a large remained a constitution properly so called, concerned with constitutive questions. What has distinguished it, and indeed the United States itself, has been a process of government, not a governing ideology. Justice Linda has written: ‘As a charter of government a constitution must prescribe legitimate processes, not legitimate outcomes, if like ours (and unlike more ideological documents elsewhere) it is to serve many generations through changing times’ (*Op.cit.* p. 101).

que se preocupará com a inclusão de minorias e verificação de possíveis irregularidades no sistema democrático, eis que os representantes eleitos do povo são eleitos por uma parcela da população. Preocupados com a reeleição, eles não “podem” adotar medidas contra seu nicho de eleitores, não sendo viável esperar uma proteção de minorias. Os juízes, por sua vez, como são alheios aos problemas de reeleição e escolha de valores políticos podem proteger minorias.

A atribuição do Poder Judiciário não seria, por certo, a escolha de valores, tarefa exclusiva do Legislativo. Sua função se limitaria a impedir que as maiorias sufoquem os canais de mudança política, impedindo o acesso das minorias (ou excluídos) – nos casos de cláusulas abertas constitucionais. Esta seria a Teoria Procedimental da Constituição e o Poder Judiciário teria o dever de fiscalizar o respeito às regras do jogo democrático (processo democrático).

4 Os princípios jurídicos como fonte de normatividade

Após termos iniciado nosso presente trabalho procurando definir os conceitos de Hermenêutica, Interpretação, Aplicação e Justificação do Direito, passamos a uma segunda fase da análise: qual o papel dos princípios jurídicos na normatização de um Ordenamento Jurídico e de que forma devemos interpretá-los.

Importante ressaltar que Ely constrói sua teoria partindo das cláusulas abertas constitucionais (*open-ended provisions*). Resta perquirir se, diferentemente dos outros autores analisados nesta abordagem, nas cláusulas não abertas, seriam ou não os princípios jurídicos fonte de normatividade. Assim, primeiramente desenvolveremos a concepção dos princípios como fonte de normatividade e, após, voltaremos à questão de que este citado autor apenas define o papel do Judiciário nos casos de visível indefinição legislativa (constitucional), deixando de abordar as hipóteses de aparente inadequação do fato à norma, conflitos de regras e princípios.

Intentaremos, então, estudar os princípios focalizando nas contribuições das obras de Ronald Dworkin (1978, 1985, 1999) e Robert Alexy (1997). Para tanto, tomaremos como marco teórico, artigo especializado de Galuppo (1999). Além deste texto didático, objetivo e claro, tomaremos o auxílio de comentaristas e críticos sobre o tema.

O Professor Marcelo Galuppo (1999), no texto referido, inicia sua explanação colocando dois níveis de inquirição a respeito dos princípios. Primeiramente, deve-se saber se os princípios efetivamente exercem força vinculante (assumindo, assim, o aspecto de norma de dever ser). Num segundo momento, caso consideremos que os princípios jurídicos geram vinculação de comportamento, devemos saber qual a sua natureza (conceito) e, assim, determinar sua forma de aplicação.

Seguindo os passos de nosso marco teórico, somos capazes de afirmar que “tanto juspositivistas quanto jusnaturalistas foram unânimes em reconhecer sua força vinculante.

E essa posição ainda é a dominante na Teoria do Direito” (GALUPPO, 1999, p. 191). Como pressuposto de toda argumentação a ser desenvolvida no presente artigo, deve-se considerar os princípios jurídicos como fonte de direito¹³. Desta forma, passamos, sem maiores discussões sobre a força vinculante dos princípios, ao conceito e aplicabilidade destes.

Segundo o eminente Professor mineiro, existem três teorias contemporâneas que visam explicar a natureza jurídica de tais princípios.

A primeira teoria entende os princípios como normas gerais ou generalíssimas de um sistema (DEL VECCHIO – BOBBIO). A tese, entretanto, é dificilmente sustentável, vez que o sistema jurídico é dinâmico¹⁴, não sendo possível deduzir de conteúdos (mais gerais) outros conteúdos normativos (mais particulares).

Esta abordagem dos princípios indica que eles seriam uma peça integrante do sistema jurídico (os princípios integrariam o sistema jurídico, diferenciando-se dos demais integrantes do sistema jurídico pela generalidade de suas disposições). Embora a teoria da metodologia jurídica tradicional fizesse uma distinção entre normas e princípios, cremos serem os princípios detentores de uma força vinculante própria das normas (*vide supra*); daí, o gênero norma englobaria as espécies, regras e princípios.

No desenvolvimento do raciocínio, chegamos à conclusão de que esta primeira teoria distinguia as regras dos princípios por uma questão de grau, e não de qualidade (ou seja, regras seriam ontologicamente diferentes dos princípios). Esta diferença de grau foi magistralmente exposta por Canotilho (1995, p. 166-167).

Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos:

- a) Grau de Abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem

¹³ A este respeito, Canotilho explana por sua multifuncionalidade: “[Há sobre os princípios] duas questões fundamentais: 1) Saber qual a função dos princípios: têm uma função retórica ou argumentativa ou são normas de conduta? 2) Saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma ‘família’ e havendo apenas uma diferença do grau [...], ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são susceptíveis de uma diferenciação qualitativa.

Relativamente ao primeiro problema, adiantar-se-á que os princípios são multifuncionais. Podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição [...] ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito” (*op.cit.* p.167).

¹⁴ Na definição de Galuppo: “Dizer que o sistema jurídico é dinâmico decorre do fato que a vinculação que existe entre as normas jurídicas não se dá em razão de seu conteúdo, como na moral, mas em razão da autorização (uma norma, por exemplo, a Constituição, autoriza um poder, por exemplo, o Legislativo, a produzir outras normas válidas, por exemplo, a lei, que, se não violarem os limites estabelecidos pela norma superior, são tidas como pertencentes ao ordenamento jurídico, isto é, são tidas como válidas)” (*op.cit.* p. 206).

vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do Juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta;

c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito);

d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (DWORKIN) ou na ‘idéia de direito’ (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;

e) Natureza Normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentalmente [veremos, posteriormente, que a visão de Canotilho se aproxima claramente da de Alexy].

Esta diferenciação quantitativa entre regras e princípios é criticada pela maioria da filosofia jurídica moderna vez que

o que se quer dizer é que a generalidade não é uma causa, mas, quando muito, uma consequência do conceito de princípio, e não diferencia essencialmente, mas só geralmente as duas categorias (GALUPPO, *op. cit.*, p. 192).

Outra dificuldade descrita nesta primeira teoria seria a incompatibilidade de aplicação simultânea dos princípios, uma vez que, sendo normas generalíssimas, se aplicariam a todas as situações. Esta aplicação universal dos princípios a todos os casos é, na prática, irrealizável, demonstrando mais um ponto falho da primeira teoria.

A segunda teoria, por sua vez, tem como expoente máximo a doutrina de Robert Alexy. Para ele,

el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio (ALEXY, 1997, p. 86-87).

Assim, os princípios são normas de otimização, à medida em que determinam que algo deve ser realizado na maior medida possível. As regras, por sua vez, já são aplicáveis ou

não são aplicáveis. Podemos dizer, então, que os princípios são razões *prima facie*, enquanto as regras são razões absolutas. Na esteira do que já dissemos anteriormente, Alexy reduz o problema da aplicação à validade da regra (ou seja, no caso de regras, o discurso de justificação induziria o discurso de aplicação).

Nesta linha, caso exista um conflito de regras, ambas não podem ser simultaneamente válidas, a não ser que seja inserida uma cláusula interpretativo-argumentativa de exceção em uma delas. Verifica-se, portanto, que o conflito pode ser solucionado *in abstracto*.

Já na hipótese de conflito entre princípios, ambos permanecem válidos abstratamente. Não há a necessidade de ser inserida cláusula de exceção em qualquer dos princípios. A solução do conflito se dará, portanto, levando em consideração as nuances do caso concreto, deferindo diferente peso (ponderação) aos princípios. Esta hierarquização, entretanto, não é absoluta, estando vinculada ao caso concreto. Dessa forma:

Alexy está preocupado em encontrar mecanismos racionais de ponderação, repelindo assim as teorias decisionistas do direito e a discricionariedade postulada pelo positivismo jurídico (GALUPPO, 1998, p. 194).

Esta racionalidade na ponderação existirá se for possível apresentar suas razões de sua preferibilidade. Tomando o exemplo histórico do Tribunal Alemão, Alexy aborda a “lei da ponderação” – “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro” (1997, p. 161) que implica numa “lei de colisão” – “um princípio só pode ser satisfeito à custa de outro” e “as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”. Ou seja, “a determinação de uma relação de preferência é, de acordo com a lei de colisão, o estabelecimento de uma regra” (GALUPPO, 1998, p. 194-195 – grifo nosso).

Ainda no desenvolvimento de sua teoria, Alexy diferencia princípio de valor. Enquanto esse teria conteúdo axiológico (o que é bom), aquele teria conteúdo deontico (o que deve ser feito – o que é devido). O processo de ponderação racional entre princípios, para o autor, deve ser realizado no campo da deontologia e não no da axiologia, embora, na maioria das vezes, o princípio expresse um valor escolhido pela sociedade em questão como juridicamente tutelado (toda colisão de princípios pode ser expressa como uma colisão de valores, mas nem toda colisão de valores pode ser expressa como uma colisão de princípios).

Apesar da aparente defesa da deontologia em que Alexy diferencia os princípios e os valores, ele é criticado pelos autores da terceira teoria. Segundo estes (JÜRGEN HABERMAS, RONALD DWORKIN, KLAUS GUNTHER, JOSEF ESSER), ao tentar favorecer a segurança do direito (em especial a segurança dos direitos fundamentais), Alexy renuncia implicitamente à questão de justiça, inerente aos princípios.

Nos dizeres de Galuppo:

É claro que alguns princípios possuem a característica de conter maiores condições de, em tese, prevalecer sobre outros, como no caso alemão, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Isto porque, como diz o Tribunal Constitucional Alemão, ‘existe um amplo grupo de condições de precedência nas quais existe um alto grau de segurança acerca de que, sob elas, o princípio (da dignidade da pessoa humana) preceda aos princípios opostos’ (ALEXY, Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 106). É a isto que o Tribunal Constitucional Alemão dá o nome de ‘âmbito essencial absolutamente protegido’. Não significa, portanto, uma precedência absoluta, mas uma probabilidade muito elevada de precedência, pois ‘quase não existem razões jurídico-constitucionais indemostráveis para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa sob determinadas condições’ (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 109). Isto conduzirá Alexy a afirmar, nos anos 90, que é possível pensarmos em prioridades prima facie entre os princípios (GALUPPO, 1998, p. 140-141 – grifos nossos).

A crítica de Habermas indica que, ao adotar a possibilidade de preferência de um princípio sobre outro, estaremos, na realidade, diante de valores¹⁵. Normas e valores não se confundem (normas: agir obrigatório; codificação binária; obrigatoriedade absoluta; valores: agir teleológico; codificação gradual; obrigatoriedade relativa).

Para Habermas, a ação pautada em valores buscará o que é bom para nós (ação ética) enquanto a ação pautada em normas buscará o que é correto para todos – universalmente correto (ação moral). Na sábia colocação do Prof. Galuppo:

se aquilo que uma comunidade considera bom para si é realmente melhor para ela, e se o que é melhor para uma comunidade é o que deve ser levado em conta para se fundamentar ações, então direitos contra aquilo que fosse o melhor para uma comunidade não poderiam valer de modo algum. Os direitos, entendidos apenas como valores, não permitem qualquer tipo de proteção para o indivíduo contra a sociedade e o Estado (GALUPPO, 1998, p. 197).

Assim, pela concepção de Habermas os princípios não devem ser confundidos com valores. Sua preferibilidade numa colisão em um caso concreto deve, então, basear-se em fundamentos de ordem jurídica. Neste momento, necessária se faz a citação de Dworkin para elucidar que estes fundamentos de ordem jurídica não estão mais hermeticamente puros (como pretendia o positivismo – *vide* concepção convencionalista do direito), nem são fruto da criação extrema dos Juízes (como pretende o pragmatismo). Os fundamentos jurídicos de uma decisão levarão em conta, agora, a integridade do direito, como fundamento de legitimidade do ordenamento.

Assim, podemos identificar a distinção entre o pensamento de Alexy e de Dworkin em relação aos princípios: enquanto o primeiro, diferentemente do que ele próprio argumen-

¹⁵ *Vide* trecho explanador: “A dificuldade de ALEXY em reconhecer isso [a diferença dos valores dos princípios] decorre do fato que, mesmo reconhecendo uma distinção entre deontologia e axiologia, ele subavalia as diferenças entre essas duas”. GALUPPO, Marcelo Campos. Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *op.cit.* p. 198.

ta, entende os princípios como valores preferíveis entre si (Jurisprudência de Valores de ordem axiológica), o segundo entende-os como aplicáveis ou não aplicáveis (com código binário, e não gradual – princípios jurídicos deontológicos).

Agora, seguindo os ensinamentos do mestre Marcelo Cattoni¹⁶ (2001, p. 151-152), podemos chegar ao objetivo do presente artigo, identificando, com clareza a noção de Dworkin sobre os princípios:

[...] uma compreensão principiológica do Direito, uma concepção modelo de princípios, requer do Poder Judiciário agir politicamente, não no sentido de se dar curso a concepções próprias do julgador a respeito de o que este consideraria pragmaticamente preferível, mas no sentido de se garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Isso, justamente, leva Dworkin a diferenciar os argumentos de princípio, fundado em direitos, dos argumentos de política, fundados em questões axiológico-teleológicas de bem-estar coletivo. O julgador, procurando colocar-se da perspectiva da sua comunidade, considerada como uma associação de co-associados livres e iguais perante o Direito (community of principle), deve compreender o Direito positivo como o esforço dessa mesma comunidade para desenvolver o melhor possível o sistema de direitos básicos (nos termos da tese Law as Integrity); e deve participar, criticamente, desta (re)construção (The Chain of Law). Não se pode, em nome da conveniência política ou do que seja, deixar de levar tais direitos a sério (grifos nossos).

Somos levados a crer, então, que toda esta discussão relegada por John Hart Ely (no que tange à normatividade pelos princípios) é de extrema importância. As teorias, portanto, podem se complementar, mas de forma extremamente cautelosa.

Podemos dizer que Alexy, ao propor uma ponderação entre princípios jurídicos permitiu, na verdade, a possibilidade de controle de constitucionalidade por meio de escolha dos valores do judiciário, o que foi veementemente combatido por Ely (*vide* item 3 *supra*).

Por outro lado, mesmo tendo a teoria de Ely afastado categoricamente os princípios neutros como forma de descobrimento dos valores fundamentais, cremos que a teoria de Dworkin não é totalmente inconciliável. O primeiro, como já dito, verifica a margem de discricionariedade para o controle de constitucionalidade tomando-se como ponto de partida as cláusulas abertas da constituição. Nestes casos, a Corte pode apenas atuar para a proteção dos procedimentos democráticos de participação e inclusão cidadã. Embora não nos propomos a uma análise profunda do tema, esta defesa se assemelha bastante ao princípio da integridade que o julgador deve obedecer, respeitando os requisitos básicos da comunidade de princípios: a justiça, a equidade, o devido processo adjetivo e a integridade. Pelas asserções *infra* contidas na obra “O Império do Direito” (DWORKIN, 1999), percebe-se a semelhança entre as concepções.

¹⁶ A respeito dos conceitos de comunidade de princípios, Direito como Integridade e Cadeia de Direito, remetemos o leitor a nosso artigo *supra* referido (Resenha Bibliográfica – O Império do Direito).

A justiça

se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade. Se aceitamos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável (op. cit. p. 200).

[...] diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos (op. cit. p. 483).

Já a equidade seria

uma questão de encontrar os procedimentos políticos – métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado – que distribuem o poder político de maneira adequada” (op. cit. p. 200). “É uma questão de estrutura correta para o sistema [político], a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas de maneira adequada. [...] A supremacia legislativa, que obriga Hércules a aplicar as leis, mesmo quando produz uma incoerência substantiva, é uma questão de equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito que quer (op. cit. p. 483).

Neste mesmo sentido salientamos:

Mas a supremacia legislativa constitui uma outra limitação institucional [...]. Se um juiz está convencido de que uma lei admite apenas uma interpretação, então, excetuando-se o impedimento constitucional, ele deve colocar em prática essa interpretação como sendo o direito, mesmo que considere tal lei incoerente, em princípio, com o direito entendido em seu sentido mais amplo [...]. Se Hércules houvesse decidido ignorar a supremacia legislativa e o precedente estrito sempre que a ignorância dessas doutrinas lhe permitisse aperfeiçoar a integridade do direito, considerada, por si só, matéria relevante, então ele teria violado totalmente a integridade. Pois qualquer interpretação geral bem-sucedida de nossa prática legal deve reconhecer estas limitações institucionais (op.cit. p. 479).

Por fim, o Devido Processo Legal Adjetivo

diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos; se o aceitarmos como virtude, queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas pessoas em tal situação” (op. cit. p. 200-201). “[...] é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. [...] As doutrinas rigorosas do precedente, as práticas da história legislativa e a prioridade local são em grande parte, embora de maneiras distintas, questões de processo legal adjetivo, porque estimulam os cidadãos a confiar em suposições e pronunciamentos doutrinários que seria errado traír ao julgá-los depois do fato (op. cit. p. 483).

Vê-se, claramente, que as concepções dos autores, embora diferenciadas em âmbito de abrangência, possuem aspectos de interseção, podendo haver um estudo mais aprofundado que tente conciliá-las.

5 Conclusões

Ao fim do presente trabalho, chegamos a uma sutil e importantíssima conclusão: a concepção do ordenamento jurídico composto de normas principiológicas, além de regras (no que Alexy e Dworkin concordam e Ely se queda alheio à discussão), permite uma flexibilização da maneira como interpretamos e aplicamos o Direito ao caso concreto.

A diferenciação do pensamento dos autores, entretanto, pode ser verificada.

Enquanto Alexy identifica os princípios como vinculantes (normas de dever ser) que serão aplicados segundo um grau (peso), em relação a princípios opostos, de acordo com o caso concreto, Dworkin, apesar de também os considerar vinculantes, entende que os mesmos são aplicados de forma binária (aplicáveis ou não aplicáveis), de acordo com o caso concreto, como fruto da diferenciação ontológica entre normas e valores. Desta forma, a concepção de Dworkin permitirá que os princípios sejam aclamados como “trunfos”, ou seja, verdadeiros direitos, que podem ser opostos a questões de política (o que é bom ou o que é preferível à comunidade em questão). Vê-se, claramente, que esta visão de princípios permitirá uma concepção protetiva do cidadão face ao Estado (comunidade), solidificando o processo de aquisição de direitos individuais e fundamentais, inerente à concepção democrática do direito.

Ely, por sua vez, parte sua discussão da situação específica de normas constitucionais abertas, sendo que, nos outros casos, o autor se mostra claramente interpretativista (que poderíamos, numa aproximação não precisa, considerar como positivista ou convencionalista). Nos casos de cláusulas abertas, o pensamento de Ely se aproxima do de Dworkin, principalmente se tomarmos as virtudes políticas a serem observadas pelo julgador, aplicando o princípio da integridade no julgamento (justiça, equidade, devido processo legal adjetivo). Num estudo mais profundo, então, os aspectos conciliatórios das duas visões poderiam ser mais bem apreciados, produzindo uma possível Teoria Procedimental da Constituição, aplicável em todas as decisões judiciais (não apenas as de *open-ended provisions*), que reflita a integridade do direito e da abordagem de conflitos de normas (regras e princípios).

6 Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Derecho y Razón Práctica*. Trad. Wistano Orozco. México: Fontamara, 1993;

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Resenha Bibliográfica – O Império do Direito – Ronald DWORKIN. *apud Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 7, 2º sem. 2001. p. 118-142.

_____. *O Novo Processo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ARISTOTE. *Éthique a Nicomaque*. Trad. J. Tricot. Paris, Vrin, 1994. Livros V e VI.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina. 6ª Ed, 1995.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: DWORKIN e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978.

_____. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University, 1985;

_____. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University, 1980.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios Jurídicos e a Solução de seus Conflitos – A contribuição da obra de ALEXY. *apud Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 2º sem. 1998. 134 p.

_____. Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *in Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 36, nº 143. Julho/Setembro 1999.

_____. As grandes virtudes. A virtude da justiça (*A Justiça: algumas considerações aristotélicas sobre a aplicação da lei*). Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, 2001. 12p. (mimeogr.).

_____. *A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo*. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, 2001. 7p. (mimeogr.).

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*. Application discourses in *Morality and Law*. New York: State University of New York, 1993. p. 171-205.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. Cap 5, parte 2 e Cap 6, parte 2.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Sobre a Interpretação Jurídica. *in Revista de Direito Comparado da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte: Mandamentos, maio 1999 vol. 3. Semestral.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 6. ed., 1957.

Os Mecanismos Institucionais do Estado Democrático Ateniense

Luís Filipe Trois Bueno e Silva
Universidade Federal de Santa Catarina
Faculdades Santo Agostinho

RESUMO

Este ensaio revisita a Atenas do século V a.C., quando o regime democrático alcança seu apogeu, com a finalidade de entender, por um lado, o modo como se estruturava e funcionava aquele regime e, por outro lado, a idéia de liberdade que figurava como um dos seus principais pressupostos, o que enseja a discussão de questões relativas aos conceitos de cidadania e governo popular entre os atenienses.

1 Introdução

O presente artigo busca expor e problematizar a estrutura, o funcionamento e os pressupostos da cidade democrática ateniense do século V a.C, época em que não apenas o primeiro regime popular de nossa civilização ocidental conheceu o seu esplendor, mas toda uma ambiência cultural que tinha na idéia de liberdade – entendida como possibilidade plena de adentrar em uma vida verdadeiramente política – a sua base de sustentação.

Em tempos em que o termo “democracia” assume contornos múltiplos (amiúde contraditórios entre si), conseqüência, em grande parte, de posturas manipulatórias autolegitimadoras capazes de chancelar práticas escusas e/ou autoritárias como “democráticas”, torna-se premente repensar os fundamentos institucionais de nossas democracias. Com efeito, com o objetivo de oferecer aportes, conquanto mediatos e limitados, para o tão necessário quanto contínuo exercício de esclarecimento e depuração dos princípios basilares de práticas e governos que se pretendam democráticos nos dias de hoje e sempre, reportamo-nos ao exato período histórico em que surgiram, quase que de maneira concomitante e indistinta, a política (tal como nós a compreendemos modernamente) e a democracia.

Por conseguinte, este opúsculo analisa a instituição ateniense a partir de sua organização político-judiciária e de alguns de seus mais significativos procedimentos – além de expor determinados fatos históricos necessários para uma visão contextualizada da evolução institucional e cultural do fenômeno político greco-ateniense. Paralelamente, estuda o estatuto da lei naquele regime e quais os mecanismos que garantiriam o princípio constitucional da pólis, bem como de que forma era exercida a soberania popular.

2 O cidadão ateniense

É a revolução clisteniana, ocorrida nos estertores do séc VI a.C, que inaugura a era clássica e alavanca Atenas à condição de cidade-estado assentada sobre bases ético-institucionais satisfatoriamente sólidas e coerentes, destinadas a se desenvolverem ao largo do século V a.C. (FINLEY, [s.d.], p. 65-66). Doravante e paulatinamente, pois, é a figura do cidadão que exercerá o papel central dentro da estrutura política, e a partir da qual se chegará à definição do regime democrático ateniense. Desta maneira, existindo enquanto uma parte em relação natural e orgânica com o todo da comunidade, e não como uma célula atomizada anterior ao tecido social, o cidadão encarnava os valores supremos do *êthos* ático-helênico (JAEGER, 2001, p. 138-139). Era a personificação mesma do conceito de soberania e trazia em si a consumação em escala inaudita da revolucionária idéia helênica de igualdade – estando incumbido da responsabilidade de proteger a cidade e a sua constituição (VIDAL-NAQUET, 2002, p. 258). No limite, portanto, dando acesso a uma espécie incomparável e de certa maneira incompreensível à sensibilidade moderna de dignidade, a cidadania implicava, a um tempo, a plena disposição dos direitos cívicos e a dedicação máxima e incondicional aos desígnios da pólis.

O conceito grego de cidadania, com efeito, é fundamental para a compreensão do quadro institucional e dos pressupostos mais cruciais da Atenas democrática em sua fase clássica. Por conseguinte, a partir do momento em que os povos áticos tomaram ciência da necessidade de se organizarem todos, rigorosamente, sob os mesmos princípios, e, assim, criaram a abstração e a realidade da pólis, Atenas passa a designar os atenienses, a pluralidade dos seus cidadãos (*politai*). Portanto, à medida que o poderio de Atenas se tornava mais evidente e seu espírito comunitário mais coeso, também cresciam as prerrogativas da massa cidadã. Por outro lado, a longa liderança de Péricles (461-429 a.C) coincide exatamente com o efêmero apogeu das instituições e do *êthos* democrático ateniense. E foi durante a sua ascendência política que os cidadãos menos abastados adquirem, através da *mistoforia* (o salário concedido pela pólis àqueles sem o qual não teriam condições de se ausentar das suas obrigações profissionais - campesinato e artesanato principalmente – para se dedicarem à vida política), o ensejo e a possibilidade inédita de participar ativamente das reuniões do Conselho dos quinhentos (*Boulé*), Assembleia (*Ekklésia*), corpo de jurados do Tribunal popular (*Heliéia*) e demais incumbências cívicas. Por consequência, houve o enfraquecimento, deste modo, da preponderância aristocrática na administração do Estado. Igualmente sob os auspícios de Péricles, os direitos de cidadania são restringidos apenas aos filhos (homens com mais de dezoito anos) de pai e mãe nascidos em Atenas, ou considerados atenienses legítimos (ARISTÓTELES, 1980, p. 107).

Sem embargo, a *lei pericliana da cidadania*, datada de 451 a.C, não possuía, tão-somente, causas e efeitos unívocos. Assim, além de indubitavelmente destinar-se a interditar as até então muito comuns práticas aristocráticas de casamento de membros da nobreza ateniense com outros da nobreza estrangeira, a medida restritiva também era consequência direta do sucesso político-econômico-ideológico e vertiginoso crescimento populacional ateniense do pós-guerra: a democracia e seus benefícios redistributivos precisavam, então, limitar o número de cidadãos beneficiários para funcionar plenamente. Portanto, com Péricles, o círculo democrático enfim se fechava, pois na mesma medida que era mister ao regime a completa disponibilidade político-militar dos homens reconhecidos enquanto atenienses legítimos – como comprova a utilização oportuna do recurso populista da *mistoforia*, doravante, um elemento essencial para a conservação do regime –, não havia, tampouco algum dia haveria, condições materiais (dado o modo de produção econômico do mundo antigo) nem psicológicas de ampliar o estatuto da cidadania para todos os indivíduos residentes na cidade. Também o perímetro daquela democracia era, sem dúvida, exclusivo e limitado, mas, em princípio, e em contrapartida, circunscrevia uma infinidade de possibilidades.

3 O governo popular

De acordo com Aristóteles, a governança da pólis e administração do império marítimo mobilizavam e proviam o sustento de mais de vinte mil indivíduos, entre jurados, membros do conselho, remadores, funcionários administrativos, hoplitas, pessoas encarregadas da

construção dos monumentos cívicos, e demais encargos públicos (ARISTÓTELES, 1997, p. 41). Alcançava-se, deste modo, dada à grande desigualdade social ateniense, a melhor distribuição possível de prerrogativas e funções entre os cidadãos bem-nascidos e a massa de pequenos camponeses, comerciantes e artesãos. Pois, se, em última análise, quem liderava a política de Atenas eram os oriundos de famílias aristocráticas, por outro lado, isso, por certo não ia de encontro aos princípios da soberania popular. O fato de haver, por parte da coletividade ateniense, o reconhecimento da necessidade de a liderança política ser exercida por hábeis estadistas (*politikós*), não implicava, em absoluto, conceder a estes o poder último de decisão (FINLEY, 1996, p. 24-25), ou, ainda, aceitar passivamente medidas que porventura não refletissem e contemplassem os seus anseios e postulações (MOSSÉ, 1997, p. 30). Ademais, é preciso lembrar, a propósito, que Atenas, ao longo de toda a sua história clássica, era uma cidade na qual, não obstante o seu caráter, a um só tempo, essencialmente reformista e autoquestionador, sempre houve a possibilidade de se implantar diretrizes políticas estáveis e continuadas (até porque sem o mínimo de estabilidade e ordenação não pode haver reforma e tampouco democracia, corroborando a tese de que o *modus* democrático e um sistema estatuído a partir de normas mais ou menos rígidas, conquanto maleáveis, não são em princípio antitéticos e excludentes, mas, antes, complementares). Assim, conforme a modelar observação de Vidal-Naquet, “o sistema democrático significa deixar aos ricos as suas riquezas, mas fazer de modo com que os ricos sustentem os pobres e que estes últimos decidam em último recurso”(VIDAL-NAQUET, 2002, Cf. FINLEY, [s.d], p. 26). O *démos* ateniense não pode ser confundido com uma multidão inculta, suscetível e cordata. Ou ainda, não pode ser comparado como se fosse uma espécie de soberano-fantoches sempre disposto a simplesmente referendar as decisões das supostas autoridades pardas – inegavelmente, pois, era ele que, seja na *Ekklesia*, *Boulé* ou *Heliéia*, decidia em última instância. E isso comprova, dessa maneira, o fortíssimo sentido de responsabilidade cívica existente em Atenas, tanto quando votava a favor de moções oportunas, como quando, em determinada situação, apoiava ou refutava as propostas dos líderes políticos mais destacados. A democracia ateniense, pois, existia enquanto idéia e como fato, ao longo de todo o século V a.C.

Além disso, os principais dirigentes da pólis estavam constantemente sujeitos e expostos à avaliação desconfiada e ao delicado humor popular. Isso a levava, a qualquer momento, e às vezes por causa de um pequeno deslize, a cair em desgraça ou olvido público. Desta maneira, aqueles que, aspirando à liderança, se dedicavam à vida política, deveriam aceitar uma enorme gama de riscos – “um quase intolerável estado de tensão” – (FINLEY, [s.d.], p. 26), assim como, por outro lado, a possibilidade muito mais alvissareira de atingir a glória imortal. A propósito deste aspecto, portanto, a famosa prática legal do *ostracismo*, ao que tudo indica instituída já na época de reforma cívica de Clístenes (ARISTÓTELES, 1995), sendo uma das principais formas de defesa da constituição democrática, (ARISTÓTELES, 1997, p. 1284)) representava uma ameaça constante a todos os homens proeminentes que, em virtude de uma postura política percebida como demasiado arbitraria – influência considerada perniciosa ou mesmo incompatível com os

interesses gerais da coletividade – traziam instabilidade à cidade, expunham-na ao perigo e à *stásis* fatal, feriam, supostamente, enfim, o sentido igualitário da democracia. Por conseguinte, em função do afastamento físico temporário, o cidadão acometido pela pena de ostracismo tinha o acesso ao fundamental direito à palavra (*isegoría*) terminantemente vedado durante uma década. Tal interdição, pois, em uma sociedade em que a oralidade exercia um papel central, (FINLEY, 1998, p. 25), na qual o *logos* sobrepujava largamente todos os outros instrumentos de poder, (VERNANT, 2002, p. 53), e em que as formas de relacionamento humano se davam invariavelmente de maneira atual e direta, retirava, de chofre, não apenas todas as chances imagináveis de ação e ascendência ideológica sobre o conjunto da cidade (Ibid.), mas também a vital dimensão política (*bíos politikós*) do condenado.

Isto posto, é de extrema importância sublinhar que o grande sucesso político, social e ideológico do governo democrático da época de Péricles consistia, de fato, em contrabalançar os interesses das duas classes as quais, a partir do sinecismo clisteniano e consequente instauração do espaço e do tempo público da pólis, passaram a constituir o corpo de cidadãos atenienses: a classe aristocrática (grande proprietária de terras e, no futuro próximo, de escravos) e a classe popular (composta de camponeses, pequenos comerciantes e artesãos). Neste sentido, deve-se chamar a atenção para o momento histórico em que a confiança democrática se afirma definitivamente, sobrepondo-se aos interesses particularistas e inclinações oligárquicas de parcela significativa dos eupátridas terratenentes; estabelecendo, desta feita, uma transformação profunda da relação de forças no seio da pólis (MOSSÉ, 1997, p. 30). Com efeito, a entusiasmante vitória greco-ateniense sobre os persas só foi possível em virtude de uma massiva participação dos cidadãos provenientes dos estratos sociais mais baixos), como remadores e carpinteiros construtores das trirremes mantidas e comandadas pelos aristocratas (Ibid. FINLEY, [s.d.], p. 64; GLOTZ, 1980, p. 104).

Esta estreita articulação de esforços evidenciada principalmente na exitosa batalha naval de Salamina, entre nobres e plebeus atenienses contra as forças de Xerxes, era claro sintoma de um amplo e irresistível processo de ascendência estratégica das camadas populares no cenário político-econômico-militar da cidade – chegara o momento em que não seria mais possível a sobrevivência da pólis sem a participação conjunta do povo. O desenvolvimento urbano e demográfico de Atenas e o decorrente aparecimento de uma classe comerciante liberta de qualquer tipo de servidão (FINLEY, 2002, p. 138), proporcionavam as condições ideais para solapar de vez as antigas bases clientelistas a partir das quais a aristocracia fundiária ática garantira o monopólio do poder sobre toda a região (Ibid., p. 37). Portanto, a centralização da vida na cidade significava, em última análise, a não sujeição de parte significativa da população (MOSSÉ, 2002, p. 30).

Além disso, de acordo com a atenta leitura de Vidal-Naquet (2002, p. 179), a contemporânea assunção de expedientes talassocráticos, como principal modo de vida e dominação, permitiu que Atenas enfim transbordasse para fora de si mesma. Desta forma multiplicam-

se, não só o número de soldados a serem mobilizados para a guerra, mas, conforme as observações aristotélicas supra mencionadas, o número de atenienses que seriam direta ou indiretamente, doravante, beneficiados pela máquina administrativa e demais implicações advindas do imperialismo marítimo – entre elas, a construção dos navios. A Atenas que emerge da guerra, em 479 a.C, se descobre psicologicamente engrandecida e homogênea. A forma como a comunidade se organizou para o enfrentamento com os persas, paralela à audaciosa afirmação do seu poderio naval, fortalecera sobremaneira o sentimento de identidade nacional (JAEGER, 1997, p. 287). Com isto, sedimentava-se, enfim, a obra de unidade da pólis concluída três décadas atrás por Clístenes (MOSSÉ, 1997, p. 22).

Portanto, o forte caráter urbano ateniense conspirava a favor de uma centralização de todas as decisões concernentes à vida da coletividade a partir de seus órgãos deliberativos (Ibid., p. 30). Melhor dito, a consubstanciação definitiva da urbe, nos primórdios da era clássica, enquanto espaço vital e de reunião por excelência da pluralidade humana – o lugar de nascimento e trânsito livre da vida, das idéias e das discussões; onde se institui e reinstitui conjuntamente, a partir da ação e da linguagem, o sentido da realidade –, deflagra o surgimento do político, marca a descoberta do universal. Daí em diante, rompidos (sempre no caso ateniense) os antigos laços de dominação característicos da sociedade de tipo rural, a cidade se apresentaria como o único palco possível de uma existência civilizada. Deste modo, a pólis do pós-guerra contra os persas já dispunha tanto de uma estrutura social como das condições materiais e psicológicas necessárias para a consumação do regime e modo de vida democrático; faltavam apenas algumas mudanças de ordem institucional destinadas a retirar os poderes políticos da aristocracia que, sendo incompatíveis com a tendência de ascensão das massas enquanto sujeito político (PIRES, Francisco Murari. Notas explicativas In: ARISTÓTELES, 1995, p. 215), impediam o pleno desenvolvimento do governo popular – condição esta compreendida pelos líderes democratas como essencial para a expansão e sobrevivência de Atenas.

Com efeito, a reforma institucional determinante para a divisão do poder soberano de decisão da comunidade ateniense entre a minoria aristocrática e a maioria do *démos* (os *pollói*), a qual foi levada a cabo por Efiltes em 462 a.C. (FINLEY, [s.d.], p. 66), consistiu em privar os encargos excessivos do Areópago (ARISTÓTELES, 1995). Este era um órgão político-judiciário que funcionava como uma espécie de corte superior de justiça, até esta data exclusivamente composto por membros vitalícios originários da casta nobre dos *kaloí kagathói*. Efiltes transferiu quase toda a competência do Areópago para as instituições políticas fundadas e orientadas por princípios democráticos, que eram a *Ekklesia* (a Assembléia popular), *Boulé* (o Conselho dos Quinhentos) e a *Heliéia* (o Tribunal popular).

Por conseguinte, a partir desta transformação decisiva do regime (*metabolé*), afirmam-se definitivamente – a se descontar os efêmeros golpes oligárquicos de 411 e 404 a.C, ambos condicionados por circunstâncias excepcionais da guerra contra os espartanos – os mecanismos característicos e necessários para o funcionamento da democracia ateniense. A administração da pólis enfim era confiada ao conjunto inteiro do corpo de cidadãos. Entre

os atenienses livres, o ato de governar e o estado de ser governado tornam-se virtualmente simultâneos; chegam, no limite, a se confundir (ARISTÓTELES, 1997, p. 1317b; GOYARD-FABRE, 2003, p. 47). Assim, o ideal isonômico, encontrado de forma ainda bastante primitiva no seio dos pequenos círculos da antiga aristocracia guerreira (VERNANT, 2002, p. 50), e presente como elemento norteador quando da reforma cívica clisteniana, atinge, nos meados do século V a.C, enquanto princípio real, válido e eficaz, um número de indivíduos sem qualquer precedente histórico, e que demoraria não menos de dois mil e duzentos anos para encontrar outro exemplo que pudesse, *mutatis mutandis*, servir de comparação.

3.1 Assembléia: o centro do quadro institucional democrático

Doravante, de modo a garantir a participação direta e o mais equânime possível de todos os atenienses considerados como tais no processo continuado de governação da cidade (FINLEY, [s.d.], p. 66), ou ainda, dito de outra forma, e a partir das palavras de Castoriadis, a fim de concretizar “a igual repartição da atividade e do poder” (CASTORIADIS, 2002, p. 304), e com isso disseminar o conhecimento dos assuntos estatais entre a coletividade politicamente ativa (FINLEY, op. cit., p. 39; CASTORIADIS, 2002, p. 308A), estabelecer-se-ia o *sorteio* e o *sistema de rodízio* como as principais formas de atribuição dos cargos públicos – de tal maneira que os atenienses de todas as classes assim possuíssem “um grau invulgar de experiência política” (FINLEY, [s.d.], p. 66-67; Id. 1996, p. 25).

Além disso, toda a autoridade da pólis estava, em última análise, concentrada na Assembléia (*Ekklesia*) (FINLEY, 1996, p. 25), a cujas periódicas sessões qualquer homem, desde que cidadão, poderia – e deveria – não apenas ir e assiduamente freqüentar, mas sobretudo era quando lhe seria sempre facultado manifestar o seu voto e, intervindo no debate, oferecer a sua palavra francamente (*parrhesia*) acerca dos assuntos colocados na pauta do dia, fossem eles banais ou extraordinários, em estrita igualdade de condições em relação com os demais participantes (*isegoria*). Por esta mesma razão, qual seja, a de assegurar a integridade do regime assentado sobre a participação total do corpo de cidadãos no funcionamento e processo decisório da pólis, (FINLEY, op. cit., p. 37; GOYARD-FABRE, op. cit., p. 45), aqueles designados à magistratura pelo voto nunca poderiam considerar os seus postos enquanto simples meios para a autopetuação do poder, pois estavam sujeitos ao implacável controle da Assembléia e da *Boulé*. Esta última, por sua vez, tinha como uma de suas principais atribuições submeter todos os ocupantes de cargos públicos, fossem eles escolhidos por sorteio ou votação (ARISTÓTELES, 1995), ao exame prévio de *dokimasia*, o qual se destinava a avaliar as condições morais do cidadão para aprovar ou não a sua investidura, e também, invariavelmente, após o término da gestão de cada posto oficial, à prestação das contas (*euthyné*)¹ referentes ao tempo de exercício da função. A *Ekklesia*,

¹ Acerca da *euthyné*, cf. CASTORIADIS, Cornelius. *Encruzi-lhadas do labirinto II*, p.308; CASTORIADIS, Cornelius. *Encruzi-lhadas do labirinto IV*, p.221; GLOTZ, Gustave. Op. cit, p.157 e p.163-164. Sobre a *dokimasia* e *euthyné*, MOSSÉ, Claude. Atenas [...], p. 30, 38 e 110.

portanto, era a máxima personificação da soberania popular. Sua presença central e suprema na política ateniense era o que, em última instância, garantia a intervenção direta da coletividade inteira dos cidadãos em todos os negócios públicos, relevantes ou não – quando os interesses da cidade estavam em juízo, o povo ateniense era invariavelmente instado a se pronunciar.

Além disso, sendo ela – apoiada e supervisionada pela *Boulé* e *Heliéia* – o órgão que centralizava as decisões e a partir do qual se mantinham a coerência e a integridade da *politéia* democrática de Atenas, duas características tão notáveis quanto fundamentais daquele regime, encontram na *Ekklesia* o seu corolário: o *amadorismo*, por princípio, da atividade político-judiciária, porquanto bastava ser cidadão para participar, de forma direta, do governo da pólis (FINLEY, [s.d.], p. 67), e a *ausência de sentido hierárquico*, de um poder coercitivo externo ou vertical (ARENDDT, op. cit., p. 142-156), no cerne da população livre politicamente ativa. Mesmo se porventura se tratasse de um Péricles frente ao mais inexpressivo ocupante de qualquer cargo oficial, o fato era que cada um deles, como observou M.I. Finley, “[...] só era responsável direto perante o próprio *demos*, pertencesse à Assembléia, ao Conselho ou aos Tribunais, e não perante um funcionário superior” (FINLEY, [s.d.], p. 65; cf. STONE, 2001, p. 32). Tais particularidades, por conseguinte, vêm a denunciar um aspecto fulcral do universo político helênico clássico, e *ipso facto* determinante para a sua compreensão, enquanto realidade singular e específica, submetida a categorias distintas das modernas: *a união completa, impossível de ser dissociada, da comunidade cívica com o aparelho estatal* – a pólis grega antiga encontra-se, pois, como um fenômeno histórico-político muito aquém no tempo da separação entre a coletividade civil e o Estado (CASTORIADIS, 2002, p. 307, 2002a, p. 197; MOSSÉ, 1997, p. 145) e, no limite, inclusive, do cisma entre o indivíduo e a sociedade, entre o homem e o mundo (CASTORIADIS, 2002, p. 312-313). Não há, com efeito, nenhum aparato propriamente tecnocrático – tampouco partidos institucionalizados – mediando a relação do corpo de cidadãos com o governo da cidade (FINLEY, 1996, p. 18; [s.d.], p. 65). Sua administração se dá de forma direta e efetiva pelo povo, e, sobretudo, através da Assembléia soberana – irrestritamente aberta a todos os indivíduos do sexo masculino, maiores de vinte anos, que então poderiam ser considerados atenienses legítimos.

Isto posto, torna-se oportuno advertir que as reuniões da *Ekklesia* eram, a partir de informações do século IV a.C., realizadas pelo menos quatro vezes durante um período de trinta e seis dias ao longo do ano. Primitivamente as sessões ocorriam na própria ágora. Já na época clássica, as reuniões se davam na colina da Pnix – a bem dizer, um anfiteatro natural (FINLEY, 1998, p. 37), em que, aproveitando-se as condições topográficas, havia sido construída uma arquibancada em forma de hemicírculo. Pnix era o palco desses célebres encontros deliberativos nos quais, corroborando o truísmo segundo o qual em Atenas o poder não estava necessariamente vinculado a uma função institucional estrita, a arte da oratória e a conseqüente capacidade de persuasão – enquanto instrumentos privilegiados do *modus* democrático. Encontros estes que eram os únicos ele-

mentos que de fato diferenciavam os homens dos outros e, com efeito, determinavam quem exercia influência. Assim sendo, a competência da Assembléia popular era a princípio ilimitada. (ARISTÓTELES, 1997, 1.318a). De modo que seu espectro de discricionariedade política compreendia um vasto e virtualmente interminável número de questões, entre as quais vale mencionar: a decisão de declarar guerra ou paz e de estabelecer tratados com outras cidades, a eleição e o controle dos magistrados, sobretudo sobre aquela pequena minoria a qual, justamente por exercer funções especializadas ou estratégicas que exigiam competência particular, era escolhida a partir do voto popular (os oficiais militares – os únicos que poderiam ser reeleitos –, os tesoureiros e os encarregados das negociações diplomáticas) (ARISTÓTELES, 1995, p. 65), regulava a celebração dos cultos religiosos e das festas cívicas, dispunha as medidas necessárias para garantir que o fornecimento de cereais atendesse a todos os cidadãos (Id., p. 3), decidia sobre a necessidade de aplicar a pena de ostracismo e instaurava o processo de *eisaggelia* contra os traidores da pólis.²

3.1.1 Os mecanismos de autolimitação

Tamanha onipotência se tornaria facilmente tirânica e irresponsável se, porventura, o povo soberano não fizesse uso de mecanismos institucionais destinados a limitar ou refratar a própria arbitrariedade. Pois, em relação a este aspecto muito sensível da política da época clássica, é preciso que se atente para o fato de os gregos antigos, e os atenienses em especial, sempre terem sido profundamente preocupados com o problema da responsabilidade coletiva e individual face todas as circunstâncias nas quais se via o homem envolvido; verdadeira obsessão consubstanciada, enfim, na forma segura de uma norma escrita e, por conseguinte, pública, ao longo das profundas mudanças que levariam à consolidação da pólis, enquanto a única maneira então imaginável de organização comunitária. Deste modo, conquanto a Assembléia popular possuísse uma liberdade incondicional quanto às decisões que tomava (FINLEY, 1998, p. 37), isto por certo não implicava uma inobservância anárquica das regras as quais, por sua vez, haviam sido criadas, na maioria das vezes, a partir de um amplo debate e posterior consenso (Ibid., p. 34), por esta mesma coletividade soberana. E tendo o objetivo claro de estabelecer o mínimo suficiente de preceitos ético-jurídico-formais para que, assim, pudesse a sociedade funcionar equilibradamente, em vez de se aniquilar (Ibid.).

Portanto, sendo o *démos*, de forma explícita e real, a única fonte admissível da lei (CASTORIADIS, p. 193), tal fato, sem dúvida, além de constituir uma garantia constante de liberdade para os integrantes do corpo cívico (FINLEY, [s.d.], p. 51) – na medida,

² PIRES, Francisco Murari. Notas explicativas. In: ARISTÓTELES. p.241-242. *A respeito da eisaggelia* (“*processos ou ações por denúncia*”), cf. GLOTZ, Gustave. *A cidade grega [...]*, p. 138/166; HESK, Jon. *Deception and democracy in classical Athens*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000, p. 51-2; MOSSÉ, Claude. *Atenas: a história de uma democracia [...]*, p. 109.

registre-se, em que a idéia de liberdade individual entre os atenienses, e os gregos antigos de maneira geral, estava fundamental e inextricavelmente vinculada à possibilidade de participação direta nos assuntos coletivos – (VIDAL-NAQUET, op. cit., p. 207; cf. ARISTÓTELES, 1997, p. 9-25), também promovia, em última análise, as condições necessárias para que todos estes não apenas se dispusessem a viver de bom grado conforme as determinações legais (FINLEY, 1998, p. 34), mas, inclusive, se arvorassem, naturalmente, como guardiões do código de princípios sobre os quais a pólis se firmava. Assim como, por outro lado, do mesmo modo – e sem que isto representasse um paradoxo, posto que nenhum organismo político é capaz de viver sem se transformar – poderiam propor e deliberar, oportunamente (e mediante decisão de um quorum qualificado sujeita a revisão), acerca da mudança de alguns ou vários destes mesmos princípios. – Enfim, nas palavras de M. I. Finley, “em termos políticos, a comunidade exercia poder total, porém nos limites impostos pelo ‘poder da lei’” (Ibid, p. 36; cf. GLOTZ, 1980, p. 111).

Estes limites, com efeito, dada à inexistência de autoridade maior, e tendo em vista o caráter essencialmente amador da política democrática ateniense, eram auto-impostos pela massa soberana. Ora, não havia instância normativa superior ou *fundamento transcendente da lei* (CASTORIADIS, 2002, p. 193), tampouco uma elite política institucionalizada a qual (FINLEY, 1996, p. 25), através de *experts* burocratas designados especificamente para a constante tarefa de controle das bases ético-jurídico-formais do sistema (CASTORIADIS, 2002, p. 316), realizasse o não só necessário como vital trabalho de conservação do organismo social (Op. cit., p. 184). Por conseguinte, era o *démos* que, em certas ocasiões, para salvaguardar os interesses preponderantes da comunidade, apelava em última instância, por assim dizer, contra si mesmo,³ lançando mão de “disposições instituídas de autolimitação” (CASTORIADIS, *Feito e a ser feito*, p. 73). Logo, de forma a impor um justo obstáculo aos próprios excessos e evitar incoerências discricionárias decorrentes de eventuais arrebatamentos – ou mesmo de possíveis e, de resto, inevitáveis enganos – populares ocorridos em sessões da *Ekklesia* no precipitado ato de aprovação de alguma proposta ilegal, havia sido criado o mecanismo formal conhecido como *graphé pará nomôn* (ação contra moções legais), mediante o qual todo cidadão poderia apelar, por escrito, contra qualquer decisão tomada pela Assembléia que ele porventura julgasse contrária aos preceitos erigidos pela pólis (BONINI, In: BOBBIO, 2002, p. 953-954; GLOTZ, 1980, p. 147-148). Portanto, tendo em vista a formalidade a partir da qual as leis e decretos (*pséphismata*) se vinculavam ao autor responsável que tivesse tomado a palavra (COULANGES, 1975, p. 265; VIDAL-NAQUET, 2002, p. 208), na Assembléia, para propor a aceitação consensual destes perante os demais, impunha-se, de certo modo, uma redução dos efeitos da *isegoria* (FINLEY, 1996, p. 27). Melhor dito, dificultava-se a sua utilização de maneira irrefletida, mal intencionada e gratuita, na medida em que a esta liberdade tão particularmente democrática de os *politai*

³ CASTORIADIS, Cornelius. A pólis grega e a criação da democracia. In: Op.cit [...], p. 315; CASTORIADIS, Cornelius. *Encruzilhadas IV*, p. 221.

atenienses virem a utilizar o direito de expressão pública para persuadirem a comunidade a se colocar a favor de suas propostas ou entendimentos, se sobrepunha o soberano princípio da responsabilidade política no uso de todas as prerrogativas cívicas. (Idem). Além disso, o fato de ter sido criado, durante a consolidação dos pressupostos elementares do regime, um mecanismo como o da *graphé pará nomôn*, revela que o povo, ao se reconhecer como única fonte normativa, não deixava nunca de aventar a possibilidade de um auto-engano coletivo. O mesmo povo, do mesmo modo, tendo ocorrido a contradição generalizada, se permitia, numa outra ocasião e noutro contexto, de forma mais atenta, serenadas as paixões e flagrada a antinomia, corrigir a si mesmo (CASTORIADIS, 2002, p. 316; FINLEY, 1996, p. 27). Com efeito, conforme o contraste político-cultural evidenciado de maneira elucidativa por Moses Finley ao contrapor alguns aspectos dos sistemas institucionais dos Estados hodiernos a equivalentes do ateniense clássico, enquanto os primeiros, garantindo alto grau de imunidade aos representantes eleitos pelo povo – entre outros privilégios –, proteger-lhes-iam a irresponsabilidade, afastando-os conseqüentemente do controle popular. A democracia antiga, em contrapartida, com o objetivo de salvaguardar as bases sobre as quais se assentava a vital participação direta dos cidadãos nos assuntos da pólis, consubstanciada no igual direito à palavra (*isegoría*), negava a imunidade para todos, indistintamente (FINLEY, 1996, p. 27). Assim, quem quisesse influenciar a comunidade tinha toda a liberdade, na medida, é claro, em que se responsabilizasse por isto.

3.1.2 A Boulé

Deste modo, o povo afigurava-se, de fato, como verdadeiro soberano. Tudo na pólis lhe dizia respeito, assim como não havia restrições externas à sua discricionariedade. O caráter imediato da intervenção popular, portanto, estava assegurado pelo supremo poder das votações na Assembléia. Para aquela democracia, dada à união indivisível da sociedade civil com o Estado, era inconcebível a existência de uma instância superior. Por outro lado, seria humanamente impossível concentrar todo o processo de coordenação político-judiciária em apenas um órgão. Assim, naturalmente, tornava-se necessário delegar grande parte deste trabalho a outras instituições (GLOTZ, 1980, p. 150; cf. BONINI, p. 950), sem que isto constituísse, bem entendido, uma outorga da faculdade pela qual o povo exercia controle direto sobre os assuntos da cidade. Em primeiro lugar, os encarregados destas funções não pertenciam a uma elite tecnocrática para todos os efeitos apartada do resto da coletividade e, *ipso facto*, capaz de se autoperpetuar, pois, na esmagadora maioria dos casos, eram designados por meios aleatórios (sorteio e rodízio), e, de mais a mais, em segundo lugar, quando se utilizava o recurso aristocrático da eleição, isto por certo não isentava o magistrado, dotado de um *savoir faire* específico, de prestar contas da sua atividade pública, quantas vezes fossem necessárias e de forma direta, perante o *démos*. De tal maneira que, no auge do sistema democrático ateniense, tudo conspirava contra a possibilidade de vir-se a estabelecer um abismo no cerne do corpo de cidadãos – a partir da criação de uma máquina partidária institucionalizada e de suas inevitáveis implicações –, separando e distinguindo os governantes e os governados (ARISTÓTELES,

1997; CASTORIADIS, 2002, p. 308; FINLEY, 1996, p. 27, 1998, p. 36). Isto posto, a *Boulé*, idealizada por Clístenes quando da sua ampla reforma cívica, se apresentava como um órgão fundamental para a conservação e o equilíbrio dos pressupostos democráticos, posto que, além de ser o maior corolário da união e igual representatividade de todos os dez distritos atenienses – que constituíam, em suma, a base do sinecismo clisteniano –, (MOSSÉ, 1997, p. 23), exercia um importantíssimo “papel moderador” face à onipotente soberania da Assembléia (Ibid., p. 109). O Conselho, desta forma, era composto por quinhentos cidadãos com a idade mínima de trinta anos, sorteados anualmente à razão de cinquenta por tribo. Estando, ao contrário das outras instituições, em ritmo de contínuo funcionamento (BERGUER, [s.d.], p. 159), sua competência, em última análise, correspondia à administração geral da pólis (MOSSÉ, 1997, p. 110). Abrangia, portanto, atividades múltiplas que, se relacionavam diretamente com as questões atinentes à diplomacia, o estrito cumprimento do orçamento público, a organização militar do Estado, a supervisão da construção e conservação naval, o poder policial, determinadas decisões judiciais, a edificação e manutenção de obras públicas, a fiscalização das magistraturas, e, acima de tudo, o controle sobre o exercício das leis e a preparação dos projetos de decretos (*probouleuma*) a serem submetidos à votação da Assembléia. (GLOTZ, op. cit, p.159-167; MOSSÉ, 1997, p.109-110).

3.1.3 O sistema judiciário ateniense e o seu diletantismo demasiado democrático

O centro do sistema judiciário ateniense, por seu turno, se encontrava na *Heliéia*, tribunal de cunho essencialmente amador, ao qual todo cidadão com mais de trinta anos e no gozo de seus direitos cívicos poderia ingressar (ARISTÓTELES, 1975), recebendo, desde as reformas de Péricles, uma remuneração mínima por este encargo (MOSSÉ, 1990, p. 101).

Formado por seis mil juízes escolhidos anualmente mediante sorteio, numa simétrica proporção de seiscentos representantes por tribo (ARISTÓTELES, 1995). o supremo tribunal da cidade democrática era, ao lado da Assembléia e da *Boulé*, a mais clara confirmação da soberania popular (MOSSÉ, 1997, p. 101-102) na medida em que, conforme aponta Goyard-Fabre – a partir da *Política* de Aristóteles – o verdadeiro sentido de cidadania define-se, para os gregos, pelo “direito de administrar justiça e exercer funções públicas” (ARISTÓTELES, 1997, 1275b; GOYARD-FABRE, 2003, p. 48-49).

Ora, escusado será dizer que em nenhum lugar da Hélade antiga este princípio havia se vulgarizado tanto e se incorporado de maneira tão profunda como em Atenas. Com efeito, diante da inexistência de um ministério público, além de participar diretamente das decisões da Assembléia, e de muito provavelmente, pelo menos durante um ano de sua vida vir a desempenhar as funções de algum cargo público oficial, entre eles o de heliasta, a todo cidadão era facultado apresentar queixa contra qualquer indivíduo que supostamente tivesse cometido um crime – independentemente de ser dele vítima ou não.

Portanto, o elemento mais característico e determinante da justiça ateniense, refletindo desta maneira um princípio geral daquela democracia, era o seu caráter não-profissional

(CASTORIADIS, 2002, p. 305). Assim, num sistema judiciário no qual não havia advogados, juízes e promotores públicos (SOUZA, 2002, p. 51), a esmagadora maioria das causas (públicas e privadas) dependia exclusivamente da iniciativa dos cidadãos lesados ou interessados para virem a ser apreciadas pelo Tribunal (GLOTZ, 1980, p. 191), “[...] desde as citações iniciais até a execução final da sentença”. Do mesmo modo, tal como sucedia na *Ekklesia* (MOSSÉ, 1990, p. 102), era sobretudo a capacidade de persuasão do querelante frente a esta outra criação grega tipicamente democrática, o júri popular (MACDOWELL, 1986, p. 34 apud SOUZA, 2002, p. 51-52), o que em última análise determinaria o sucesso ou o fracasso da sua postulação. Como apenas em princípio haveria reuniões judiciais plenárias (MOSSÉ, 1997, p. 113) cada sessão da *Heliéia* apresentava um número de jurados proporcional à importância atribuída à causa a ser julgada. Logo, a distribuição dos heliastas e a escolha do local do julgamento se davam no mesmo dia, através de um tão intrincado quanto extravagante sorteio (ARISTÓTELES, 1995; PIRES, Francisco Murari. Notas explicativas. In: ARISTÓTELES. Op. cit, p. 257-261), com o objetivo claro de evitar o suborno dos membros que atuariam (GLOTZ, 1980, p. 197; SOUZA, 2002, p. 66) – ou ainda impedir que as sessões fossem compostas por árbitros imediatamente interessados no resultado do conflito judicial. (ARISTÓTELES, 1995 Cf. CASTORIADIS, Cornelius, 2002, p. 191).

Em contrapartida, sendo a *Heliéia* composta, na sua maioria, por cidadãos desprovidos de grandes posses, os quais enxergavam na função de jurado a possibilidade de receber o *misthós heliastikhós* fornecido pelo tesouro do tribunal, e a partir do fato de a quase totalidade das sentenças prescritas por este órgão constituírem penas pecuniárias a serem pagas, via de regra, pelos atenienses mais ricos, pesava sobre ela a suspeita de operar de maneira extorsiva, a favor da massa (MOSSÉ, 1997, p. 113).

Ecoava assim, a controversa e delicada questão que durante boa parte do século V a.C havia sido eclipsada em virtude do sucesso político e econômico da Atenas democrática e imperialista. Principalmente depois do início da Guerra do Peloponeso e os inúmeros reveses por ela trazidos (MOSSÉ, 1990, p. 48-57), naquela altura dos acontecimentos, parecia provocar inapelavelmente a ruptura do “indivisível” espírito comunitário. Afinal, a quem pertencia a pólis: aos muitos (*pollói*), aos poucos (*óligoi*) ou, conforme rezava o ideal democrático, a todos os cidadãos atenienses?

4 Conclusão

Seja como for, e não obstante as suas múltiplas imperfeições (FINLEY, 2002, p. 90), é inegável que a Atenas clássica erigiu um sistema institucional participativo suficientemente ordenado para se conservar sob “os princípios do domínio da lei” (Ibid., p. 91), e bastante maleável, aberto e versátil de modo a permitir responsavelmente a promoção contínua de sua própria transformação (CASTORIADIS, 2002, p. 213), a partir da ampla, explícita e conjunta deliberação da coletividade cidadã (*démos*). Por conseguinte, a tradicional e recorrente acusação segundo a qual a democracia ateniense teria sido um

regime marcado pelo movimento signa da instabilidade, correspondência, na realidade, à sua principal virtude (FINLEY, 2002, p. 98). Melhor dito, à essência mesma democrática (CASTORIADIS, 2002, p. 215). Ora, a partir do momento em que a comunidade se descobre como única autora possível das normas através das quais ela se auto-regula e, com efeito, conscientiza-se acerca da inexistência de padrões éticos prévios, eternos e gerais a determinar de maneira infalível as suas escolhas (ARENDDT, 2004, p.7), a questão do julgamento adquire uma dimensão radical. Neste sentido, pois, o permanente processo de transformação das instituições promovido pelos atenienses, ao largo da evolução histórica da cidade democrática, revela que eles se reconheciam como uma comunidade autônoma capaz de questionar em conjunto as condições de existência social na qual se encontravam, e de fazer escolhas criativas e responsáveis. Inegável e indesculpavelmente que os atenienses excluíssem e explorassem um número de indivíduos (os estrangeiros das cidades avassaladas pelo imperialismo marítimo, os escravos, as mulheres e os metecos) muito maior se comparado ao restrito círculo de trinta ou quarenta mil cidadãos em tese plenipotenciários.

Por outro lado, não é o caso de submeter os erros por eles cometidos ao tribunal da razão. Para os objetivos deste trabalho é bastante que se atente para o fato de os gregos-atenienses terem não apenas “inventado” a política – quiçá a criação social-histórica por excelência, porquanto pressupõe que haja indivíduos aptos a estabelecer consenso e a se persuadir uns aos outros mediante uma fala dotada de sentido. E esse sentido compreendido por todos do grupo, determinando a liberdade como a sua razão de ser (ARENDDT, 2002, p. 192), e definido o seu âmbito de modo irrevogável, a saber: o espaço público, plural, e em eterno movimento, das relações humanas, mas pensado, vivido e realizado o político de uma maneira tão profunda, corajosa e radical, a ponto de tornar, doravante, inviável (ou vazia e insuficiente) qualquer reflexão sobre o tema que descuide dos princípios (assim como, virtudes e enganos) forjados, quando a vida social humana encontrava na pólis – sem prejuízo aparente da esfera privada – a sua mais completa consubstanciação (Ibid, p. 201).

5 Referências

ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2002.

_____. *Responsabilidade e julgamento*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARISTÓTELES. *Política*. 3.ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1997.

_____. *A Constituição de Atenas*. Tradução e comentários de Francisco Murari Pires. São Paulo, Editora: Hucitec, 1995.

BERGUER, A; DEKONSKI, A; NUDELMAN, D. *História da Grécia antiga*.

Tradução de João Netto. Lisboa: Arcádia, [s.d.]

BOBBIO, Norberto. (Org.). *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira e Luís G.P. Caçais. Brasília: UnB, 2002.

CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto II: os domínios do homem*. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. *As encruzilhadas do labirinto IV: a ascensão da insignificância*. Tradução de Regina Vasconcellos. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos. In: *Filosofia Política*. Porto Alegre: LPM Editores, 1985.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

FINLEY, Moses I. *Economia e sociedade na Grécia antiga*. Tradução de Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Democracy ancient and modern*. Revised edition. New Jersey: Rutgers University Press, 1996.

_____. (Org.) *O legado da Grécia: uma nova avaliação*. Tradução de Yvette Vieira Pinto de Almeida. Brasília: UnB, 1998.

_____. *Os gregos antigos*. Tradução de José Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições Setenta, s/d.

GLOTZ, Gustave. *A cidade grega*. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. São Paulo: DIFEL, 1980.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HESK, Jon. *Deception and democracy in classical Athens*. Cambridge (U.K.): Cambridge University Press, 2000.

JAEGER, Werner. *Paidéia: A formação do homem grego*. Tradução de Artur. M. Parreira. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MOSSÉ, Claude. *Atenas: A história de uma democracia*. Tradução de João Batista da Costa. 3.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

_____. *O processo de Sócrates*. Tradução de Arnaldo Marques. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

SOUZA, Raquel de. *O direito penal na Atenas clássica*. 2002. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - UNISUL, Tubarão (SC), 2002, p.55-56.

STONE, I.F. *O julgamento de Sócrates*. Tradução de Paulo Henriques Brito. São Paulo, Companhia das Letras, 2001.

VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. Tradução de Isis Borges da Fonseca. 12. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.

VIDAL-NAQUET, Pierre. *Os gregos, os historiadores, a democracia: o grande desvio*. Tradução de Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS – V1, N.1

1 – A *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* está aberta a colaborações de professores, pesquisadores, juristas e outros profissionais que atuam na área de Direito, tanto brasileiros quanto estrangeiros;

2 – Originais devem ser enviados para o seguinte endereço: Av. Universitária, s/nº – JK – CEP 39404-006 – Montes Claros – MG. Cópia dos originais deve ser enviada para o seguinte endereço eletrônico: estudosjuridicos@santoagostinho.edu.com.br.

3 – Originais devem ser redigidos em português, comportando forma e conteúdo eminentemente científicos, formatados de acordo com as normas estabelecidas pelo manual da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas);

4 – Originais devem ser acompanhados de resumo em inglês, francês e espanhol, de súmula curricular do (s) autor (es).



CAMPUS I
\$Y8QLYHUVLWiULDVQô-
0RQWHV &ODURV 0*
& (3

CAMPUS II
\$Y2VPDQH%DUERVD -.
0RQWHV &ODURV 0*
& (3

CAMPUS III
\$YRQDWR4XLQWLQR&LGDGH1RYD
0RQWHV &ODURV 0*
& (3

CAMPUS 3,5 \$325\$
\$Y-HIIHUVRQ*LWLUDQD &tFHUR3DVVRV
3LUDSRUD 0*
& (3

Casa da Esfiha[®]

Comida Árabe

Faça seu pedido
0800-283-5013

ou acesse:

 www.casadaesfiha.com.br



experimente!

PRECISANDO TIRAR FÉRIAS?

CONGRESSOS E EVENTOS

CURSOS NO EXTERIOR, PASSAGENS
AÉREAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

PACOTES AÉREOS E RODOVIÁRIOS,
CRUZEIROS MARÍTIMOS

FRETAMENTO DE ÔNIBUS,
VANS E MICRO ÔNIBUS

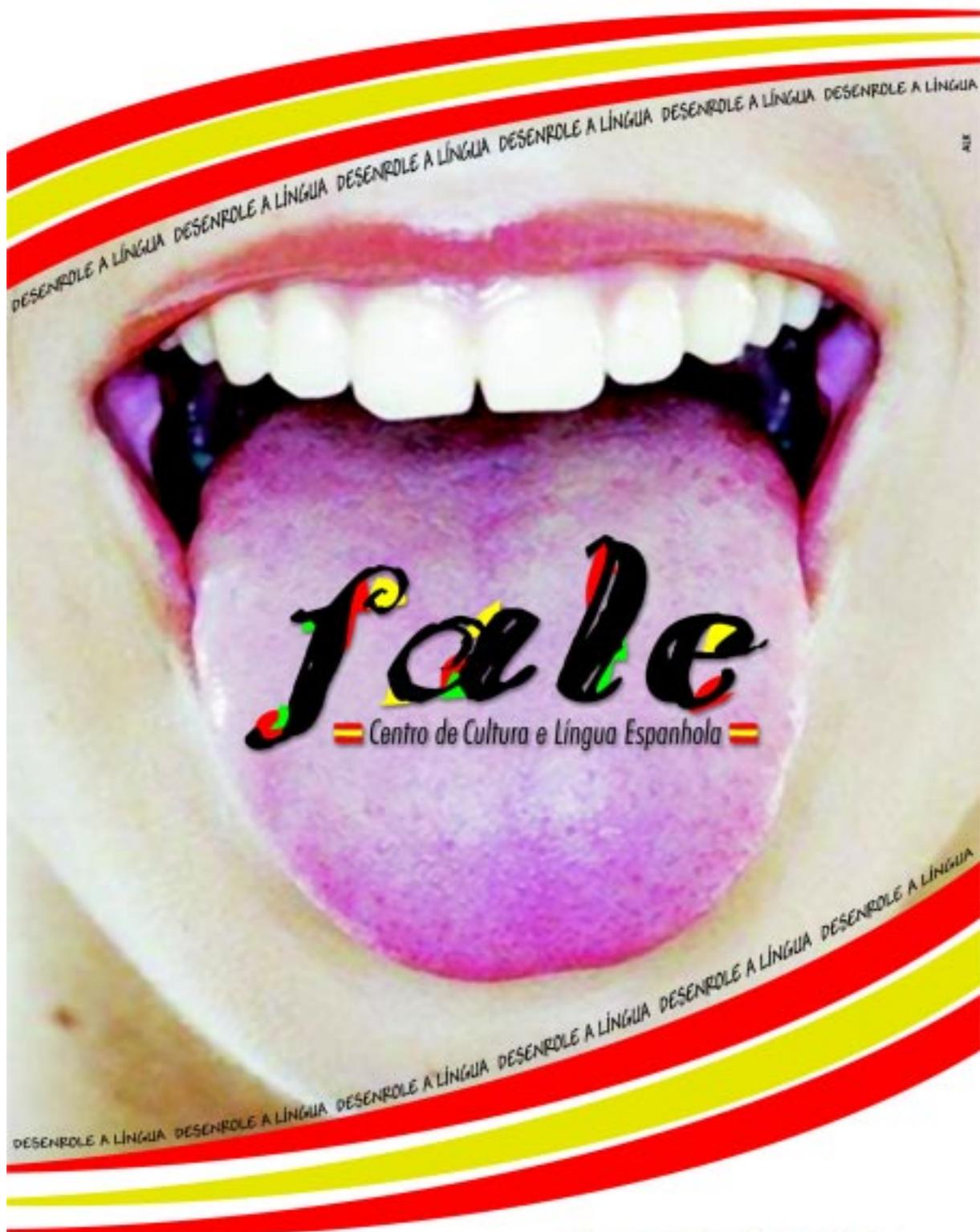



Guaicuí
turismo

Rua B. Pedro II, 214
Fone (38) 3450 - 8080
guaicui@guaicui-turismo.com.br

divirta-se





Av. Cel. Prates, 348 - Loja 5B
Ed. Athenas Max Center - Centro
Montes Claros - MG
falebien@hotmail.com
(38) 3221-2126

Curso regular de espanhol
Espanhol instrumental
Espanhol para negócios
Preparação para diploma de proficiência

NOVIDADES

ILUSTRACIONES

Jac's
9,95 Parmegiana

Acompanhado de arroz
e purê de batata



Jac's
9,95 Filé
Mignon
ao molho madeira

Acompanhado de arroz



Jac's
9,95 Strogonoff
de Frango

Arroz e batata palha



Jac's
Kids
6,95

Acompanhado de arroz
e purê de batata



Vai sair de casa passe no Jac's
Vai ficar em casa ligue para o Jac's
Tele-Jac's
3222 7222

Rede Jac's
Montes Claros Shopping
Av. Deputado Esteves Rodrigues 85
Rua Dr Veloso 425

