



ISSN 1980-0878

# DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Número 3 – Volume 1 – Jan./dez. 2008





**Fundação Padre Albino**

**ISSN 1980-0878**

# **DIREITO E SOCIEDADE**

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Número 3 – Volume 1 – Jan./dez. 2008

**Faculdades Integradas Padre Albino**

## DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Publicação do Curso de Direito. Número 3, Volume 1. jan./dez 2008.

## FACULDADES INTEGRADAS PADRE ALBINO

Endereço para correspondência: Rua do Seminário, 281. CEP 15806-310.

Catanduva - Estado de São Paulo - Brasil.

Tel.: (17) 3522-2405. E-mail: [secretaria.faeca@fipa.com.br](mailto:secretaria.faeca@fipa.com.br).

## FUNDAÇÃO PADRE ALBINO

### Conselho de Curadores

Presidente: Padre Sylvio Fernando Ferreira

### Diretoria Administrativa

Presidente: Olegário Braido

### Faculdades Integradas Padre Albino

Diretor Geral: Nelson Jimenes

Coordenador do Curso de Direito: Alysson Leandro Barbate Mascaro

## DIREITO E SOCIEDADE.

Editores: Camilo Onoda Luiz Caldas e José Sacchetta Ramos Mendes

Conselho Editorial: Alysson Leandro Barbate Mascaro (Universidade de São Paulo; Universidade Presbiteriana Mackenzie; Faculdades Integradas Padre Albino), Camilo Onoda Luiz Caldas (Universidade São Judas Tadeu; Faculdades Integradas Padre Albino), Constante Frederico Ceneviva Jr. (Faculdades Integradas Padre Albino), Fernando Augusto Albuquerque Mourão (Universidade de São Paulo), Gilberto Bercovici (Universidade Presbiteriana Mackenzie; Universidade de São Paulo), Joaquim Sabino Rogério (Universidade Moderna de Lisboa), José Sacchetta Ramos Mendes (Faculdades Integradas Padre Albino; Faculdade Ruy Barbosa – Salvador/BA), Mauro Tadeu Assi (Faculdades Integradas Padre Albino), Michelle Rattón Sanchez (Fundação Getúlio Vargas-SP), Rima Gorayb (Faculdades Integradas Padre Albino), Sílvio Luiz de Almeida (Universidade São Judas Tadeu) e Vera Lúcia Lopes Spina (Faculdades Integradas Padre Albino)

Núcleo de Editoração de Revistas: Antonio Marcio Paschoal, Luciana Bernardo Miotto, Marino Cattalini, Marisa Centurion Stuchi, Virtude Maria Soler.

Secretaria geral: Ondina Tereza Bataglia Barreira

Secretaria: Márcia Mota Zironi

Colaboram neste número: Alessandra Devulsky da Silva Tisescu, Alex Antonio Mascaro, Alysson Leandro Barbate Mascaro, Andrey Garcia, Annie Dymetman, Bianca Garcia de Oliveira, Bruno Quiudini, Camila Branzani, Camilo Onoda Luiz Caldas, Cássia Fuser, Cristiane Miziara Mussi, Diego Villela, Edison Katsumi Miyada Jr., Eliane Aparecida Moreli Porceban, Helder João Martins Nogueira Roque, Heveraldo Galvão, José Eduardo Mathias, Everton Paulo Tinte, Letícia Colombo, Luciana Hipólito, Luciana Maria de Oliveira, Luís Paulo Furlan Financi, Luiz Carlos Financi, Odir Züge Jr., Rafael Sabella Sanches, Renan Bataglia Barreira, Renan Coltri Barros, Ricardo Brajiola, Rima Gorayb, Sílvio Luiz de Almeida e Vinícius Magalhães Pinheiro.

Revisora de texto: Vera Lúcia Lopes Spina

Trabalhos técnicos em inglês: Camila Branzani

Projeto gráfico, editoração e capa: Laurício de Paula Mendes

Desenho de logomarca (capa): Fábio Guilherme Marssari

Os direitos de publicação deste periódico são da Fundação Padre Albino.

Os textos publicados neste periódico são de inteira responsabilidade de seus autores.

Permite-se a reprodução desde que citada a fonte.

Pede-se permuta.

D598 Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares.  
n. 3, v. 1, (jan./dez.2008) – Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito, 2006-  
v. : il. ; 27 cm  
Anual.  
ISSN 1980-0878  
1. Direito - periódico. I. Faculdades Integradas Padre Albino. Curso de Direito.

CDD 340

CDU 34

# Sumário

<i>Apresentação</i>	
<b>Os Editores</b> .....	7
<i>Prefácio</i>	
<b>Alysson Leandro Mascaro</b> .....	9
<i>Artigos</i>	
Apontamentos para uma teoria geral do direito do trabalho <b>Silvio Luiz de Almeida</b> .....	11
A questão da legalidade em Galvano Della Volpe: um diálogo necessário com Pachukanis <b>Vinícius Magalhães Pinheiro</b> .....	27
Direito e (é) ideologia em Bernard Edelman <b>Alessandra Devulsky da Silva Tisescu</b> .....	51
Excessos da modernidade: exceção e razão dualista <b>Annie Dymetman</b> .....	67
Percepção memorialística da atividade econômica empresarial catanduvense (1985-1994) <b>Odir Züge Junior (autor e organizador)</b> .....	87
Consciência política e cidadania no município de Catanduva/SP <b>Camilo Onoda Luiz Caldas (autor e organizador)</b> .....	97
A construção da cidadania e de uma Teoria Constitucional no Brasil <b>Heveraldo Galvão</b> .....	121
O exercício da cidadania e os obstáculos à efetividade da tutela jurisdicional <b>Alex Antonio Mascaro</b> .....	139
A saúde e o princípio da seletividade e distributividade das prestações no sistema de seguridade social <b>Cristiane Miziara Mussi</b> .....	153
O direito de superfície no ordenamento brasileiro <b>Rima Gorayb</b> .....	169
A adoção na encruzilhada dos Direitos Fundamentais <b>Helder João Martins Nogueira Roque</b> .....	179
<i>Chamadas por trabalhos / Normas para publicação</i> .....	193



# Apresentação

A revista **DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares** chega ao seu terceiro número. A presente edição mantém-se dentro das diretrizes inicialmente traçadas: ser um espaço para abrigar produções científicas da comunidade universitária brasileira e estrangeira, numa perspectiva plural e humanista.

A coerência com as características das edições anteriores é integral. Nesta edição são publicadas novamente pesquisas realizadas por alunos e professores do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino, com sede em Catanduva, interior do Estado de São Paulo. Também estão presentes artigos de autores nacionais e estrangeiros de outras instituições de ensino superior.

Nos artigos, a exemplo das edições anteriores, as questões jurídicas recebem uma abordagem dogmática, sociológica, histórica ou filosófica, todos alinhados com um pensamento crítico e progressista.

A revista **DIREITO E SOCIEDADE** faz parte do projeto do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino concebido e implantado pelo professor Dr. Alysso Leandro Barbate Mascaro desde 2003. Ao longo dos anos seguintes, o professor José Sacchetta Ramos Mendes junto com outros colaboradores conduziu o projeto da revista que culminou com a publicação do primeiro número em 2006 e do segundo em 2007.

No ano de 2008, os méritos do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino tiveram reconhecimento oficial a partir dos excelentes resultados nas avaliações do Ministério da Educação (MEC) – nota máxima da Comissão de Avaliadores – e da Ordem dos Advogados do Brasil, no seu processo de reconhecimento. A revista **DIREITO E SOCIEDADE** é uma das peças desse projeto vitorioso que tem dado importantes contribuições para a comunidade regional e para a difusão do conhecimento jurídico em nível nacional e internacional.

**Os Editores.**





# Prefácio

## **ALYSSON LEANDRO MASCARO**

*Doutor e Livre-Docente em Filosofia e Teoria Geral do Direito – Universidade de São Paulo.*

*Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino.*

*Professor da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco – Universidade de São Paulo.*

*Professor do Curso de Direito e da Pós-Graduação em Direito Político e Econômico – Universidade Presbiteriana Mackenzie.*

É com grande alegria que a Revista **DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares** alcança já seu terceiro número. O Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino, que desde o início de sua implantação se pautou pela excelência no ensino, na extensão e na pesquisa, encontra nesta Revista o canal mais importante para a divulgação de suas reflexões e sua abertura para o mundo.

De fato, **DIREITO E SOCIEDADE** está afinada a todas as manifestações do fenômeno jurídico e da compreensão social. Seu propósito é reconhecer os vínculos profundos entre o direito e a economia, a política, a cultura, a ideologia, os valores sociais, procedendo a uma dialética crítica entre tais instâncias do todo social. Neste sentido, ela se destaca em face da maioria do pensamento jurídico presente, que ainda é muito apegado aos limites do dado, das normas jurídicas já positivadas, sem um passo crítico que aponte para a denúncia das mazelas do hoje e vislumbre a transformação social.

Outro não é o maior propósito da Faculdade de Direito da Fundação Padre Albino: construir, no interior de São Paulo, um espaço de alta qualidade para a reflexão original, avançada e fraterna a respeito da sociedade justa. As pesquisas empreendidas por professores e alunos desta instituição, cuidando da apreensão do problema jurídico local e regional, vislumbram, ao mesmo tempo, uma preocupação cosmopolita. Falar do direito, das injustiças e das aspirações do justo numa sociedade do interior paulista é falar da própria situação do mundo.

Os tempos de crise econômica agora vividos, após décadas de neoliberalismo atroz – e de uma ainda frágil recuperação econômica do Brasil, investindo novamente em algum planejamento econômico nacional –, demonstram mais claramente a encruzilhada da sociedade mundial contemporânea: o capitalismo, por meio de seus ciclos variáveis, acomoda a exploração sob condições injustas e miseráveis para a maior parte da população do globo. O jurista, se tomado de consciência política, deve agir com plena ênfase na transformação desta crise em uma etapa superior da sociedade mundial. A reboque das necessidades do capital, o direito mais uma vez

legitimará o injusto. À dignidade do jurista, na atualidade, só resta o caminho da ação consciente e transformadora, ao lado dos explorados.

Neste número, dando demonstração do impacto internacional da Revista **DIREITO E SOCIEDADE**, com muita satisfação publicamos artigo do Exmo. Juiz do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Helder João Martins Nogueira Roque. A produção dos professores e alunos da própria Faculdade e os artigos de alguns renomados professores e pesquisadores brasileiros muito orgulham este número.

A Revista **DIREITO E SOCIEDADE** é o resultado de um trabalho e de um sonho coletivos da Faculdade de Direito da Fundação Padre Albino. Desde sua gestação, pelo Professor José Sacchetta Mendes, até a atualidade, muitos têm se envolvido para que os sucessivos números anuais sejam dados a lume. O Professor Camilo Onoda Caldas, Coordenador de Pesquisa e de Trabalho de Curso, é um nome que se deve destacar na história desta Faculdade pela proficiência, persistência inabalável e amor ao Curso. Sua atuação sempre decisiva é a maior responsável por termos agora este terceiro número publicado.

Tendo visto esta Faculdade de Direito nascer – e no ano em que o Curso recebeu a nota máxima do MEC na visita da Comissão de Especialistas para o processo de reconhecimento, bem como a recomendação favorável do Conselho Federal da OAB –, para mim é motivo de satisfação ver **DIREITO E SOCIEDADE** se confirmando como um dos mais importantes meios de reflexão jurídica do país. Longa vida à Revista!

# Apontamentos para uma teoria geral do direito do trabalho

**SILVIO LUIZ DE ALMEIDA**

*Mestre em Direito Político e Econômico – Universidade Presbiteriana Mackenzie.*

*Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito – Universidade de São Paulo.*

*Professor de Filosofia do Direito do Curso de Direito da Universidade São Judas Tadeu. Advogado.*

**Resumo:** O presente artigo propõe uma reflexão crítica sobre as possibilidades de uma teoria geral do direito do trabalho. Para tanto, empreende uma análise metodológica que visa a constituir o objeto específico do direito do trabalho que é a relação de emprego, e estabelecer um método apropriado para a constituição e apreensão deste mesmo objeto. Ao longo do texto três grandes métodos filosóficos – o positivismo, o historicismo e o materialismo histórico – são analisados de modo a se questionar qual deles poderia originar uma verdadeira teoria geral do direito do trabalho.

**Palavras-chave:** Teoria Geral do Direito; Direito do Trabalho; Positivismo; Historicismo; Materialismo Histórico.

**Abstract:** The present article suggests a consideration about a General Labor Law Theory. For that, it undertakes a methodological analysis which builds the specific labor law object, the labor relationship and establishes an appropriate method for this object constituting and assimilating process. Along of the three philosophical methods text study – the positivism, historicalism and historical materialism – are observed in order to question which one could give origin to a real general labor theory.

**Key words:** Law General Theory; Labor Law; Positivism; Historicism; Historical Materialism.

## Introdução

Este trabalho não tem a pretensão de fazer mais do que indicado no título, ou seja, meros apontamentos para algo que possa constituir uma Teoria Geral do Direito do Trabalho. Mas por que a preocupação em pensar uma Teoria Geral do Direito do Trabalho? Em primeiro lugar, lembremos que a definição do que é uma “teoria do direito” ou uma “teoria geral do direito” é bastante controverso<sup>1</sup>. Autores como Artur Kaufmann dirão que a “teoria do direito” é uma “crítica à dogmática jurídica”, ou outros como Kelsen<sup>2</sup> e Pachukanis<sup>3</sup> falam de uma “teoria geral do direito” como uma possível universalização dos conceitos fundamentais

---

<sup>1</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. São Paulo: Calouste Gulbekian, 1997. p. 265.

<sup>2</sup> “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito (...)”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 1.

<sup>3</sup> “A teoria geral do direito pode ser definida como o desenvolvimento dos conceitos jurídicos fundamentais, isto é, os mais abstratos. (...) Estes conceitos são utilizáveis em qualquer domínio do direito em decorrência de sua natureza abstrata; a sua significação lógica e sistemática permanece a mesma, independentemente do conteúdo concreto ao qual sejam aplicados”. PASUKANIS, E. B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução Paulo Bessa. São Paulo: Renovar, 1989. p. 11. Observação: Há divergência na tradução do nome de Pachukanis do cirílico para o português.

formais que podem ser encontrados em todos os ordenamentos jurídicos<sup>4</sup>. Já Tércio Sampaio Ferraz Jr. elenca a teoria geral do direito entre uma das investigações do direito no campo do que denomina de “zetética analítica aplicada”, ou seja, em que a preocupação do teórico é com a “instrumentalidade dos pressupostos últimos e condicionantes do fenômeno jurídico e seu conhecimento, quer nos aspectos formais, quer nos materiais”<sup>5</sup>. Krawietz também citado por Karl Larenz afirma que é papel de uma teoria do direito “esclarecer a função social do direito positivo” estabelecendo “como conseguir, com determinados meios, fins exatamente delimitados”<sup>6</sup>.

Este desfile de conceitos pouco nos diz sobre a importância de uma “teoria do direito” ou uma “teoria geral do direito”. Muito menos ainda nos diz sobre a relevância de uma possível “teoria geral do direito do trabalho”. Entretanto, ao se verificar os pontos de vista acima colocados, a preocupação com o delineamento da “forma jurídica” parece ser a questão preponderante. Em comum, as teorias do direito ou teorias gerais do direito preocupam-se em dizer o que o direito é, como ele se distingue de outras formas de ordenação dogmática (ética e religião, por exemplo), como o pensamento jurídico se transmuta em técnicas concretas de intervenção na realidade social. Portanto, a teoria do direito ou a teoria geral do direito revela a “face externa” do direito a fim de determinar a sua especificidade

Por trás das várias interpretações sobre o que uma teoria geral do direito pode ser estão distintos juízos de valor sobre a sociedade. Estas diferentes valorações ganham forma desde o estabelecimento de “princípios” até a criação de diferentes técnicas de interpretação do direito que vinculam a atividade prática do jurista.

Mas e pensar uma teoria geral do direito do trabalho? Certamente, quando falamos da possibilidade de uma teoria geral do direito do trabalho duas coisas entram em questão: 1) as discussões sobre uma teoria geral do direito do trabalho inserem-se no campo de uma discussão que envolve a teoria geral do direito de uma forma mais ampla, o que significa dizer que as discussões “clássicas” da teoria geral do direito sobre, por exemplo, interpretação, fontes do direito, norma jurídica, licitude e ilicitude atingem em cheio o direito do trabalho; 2) que também assumimos que o direito do trabalho comporta discussões específicas. A pergunta é: o que torna o direito do trabalho um ramo específico do direito? Uma resposta parece ser óbvia: a proteção ao trabalhador. Mas isto é uma questão de conteúdo e não de forma. Uma religião também pode proteger os interesses do trabalhador. Por uma questão ideológica também posso me posicionar em favor dos interesses do trabalhador, sem que minhas decisões

---

<sup>4</sup> LARENZ, Karl, loc. cit.

<sup>5</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 46.

<sup>6</sup> Apud LARENZ, op. cit.. p. 265.

sobre este tema tenham caráter jurídico. A questão deve ser vista sob o prisma da teoria geral do direito, ou seja, devemos nos perguntar sobre a forma, qual a “face externa” do direito do trabalho.

Se vislumbrados os elementos fáticos que constituem o que denominamos relação de emprego, podemos afirmar que esta se caracteriza por cinco elementos: prestação de trabalho por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação. Mas sob o prisma da Teoria Geral do Direito do Trabalho, resta-nos saber como o direito *qualifica* estes elementos, ou dizendo de outro modo, como tais elementos presente no mundo dos fatos se transmutam em elementos jurídico-formais (construções teóricas) a quem o direito confere validade e aptidão para produção de feitos jurídicos. Assim, o isolamento de uma teoria geral própria ao direito do trabalho consiste na busca de uma definição e de uma classificação da relação jurídica trabalhista e que revele seus elementos constitutivos fundamentais<sup>7</sup>.

Inicialmente, buscou-se abrigar a relação empregatícia como objeto constituído pelo método do direito civil, o que gerou as teorias contratualistas tradicionais para a definição dos elementos jurídico-formais do direito trabalhista. Teorias que viam a relação entre capital e trabalho como arrendamento, compra e venda, mandato e até mesmo como uma sociedade, são produtos do contratualismo tradicional, depois amainado pelo contratualismo moderno, que tentou atribuir uma natureza própria e particular ao contrato de trabalho<sup>8</sup>.

No pólo oposto, como reação às teorias contratualistas, surgiram as teorias acontratualistas, que visavam a um novo caminho na reflexão sobre a singularidade do direito do trabalho. Estas teorias acontratualistas, tinham “como preocupação principal negar qualquer relevância ao papel da liberdade e da vontade – e assim do contrato – na formação e desenvolvimento dessa relação jurídica especializada”<sup>9</sup>. Suas principais vertentes são a teoria da relação de trabalho e a teoria institucionalista, claramente inspiradas nas formulações de Leon Duguit e Maurice Hariou, respectivamente.

Mas a afirmação ou negação da natureza contratual do direito do trabalho (ainda que com a inserção de novos componentes) não é suficiente para afirmar a especificidade da forma de seu objeto. Necessário é que seja feito um percurso que nos leve a uma formulação teórica consistente da relação de emprego, o que implicará na confecção de caminhos epistemológicos e metodológicos que não estão presentes apenas na base do direito, mas cuja formatação é filosófica.

---

<sup>7</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2008. p. 307.

<sup>8</sup> Idem, *Ibidem*. p. 309-313.

<sup>9</sup> Idem, *Ibidem*. p. 316.

## Definindo o objeto

O ponto de partida para que se possa pensar uma teoria é o método. Qual o método apropriado para pensar uma teoria geral do direito do trabalho? Método, como se sabe, é o caminho, mas não há como iniciar uma jornada deste tipo sem ao menos termos uma vaga idéia de onde estamos ou onde queremos chegar. Por isto, o método é ao mesmo tempo o ponto de partida e o ponto de chegada de uma teoria. Como não há falar-se em um destino sem caminho, no campo científico, igualmente não se concebe um método sem objeto, o que nos leva a afirmar que o método constitui o objeto ao mesmo tempo em que é por ele constituído.

Sabemos, portanto, que há algo que almejamos conhecer e precisamos saber como chegar até este “algo”. Mas sabemos também que este “algo” será de certa forma determinado pelas escolhas que faremos para conhecê-lo. Neste ponto, nos deparamos com outro problema: o que é este “algo” do direito do trabalho? O que queremos alcançar? Qual o “objeto” do direito do trabalho? No campo das obviedades poderíamos responder de bate pronto que é a relação de trabalho. Mas não me parece tão simples assim.

Começo por uma pergunta que pode parecer ingênua ou até mesmo constrangedora: em que momento de nossa vida social as relações de trabalho estão ausentes? O trabalho é, antes de tudo, uma categoria ontológica, como já disse Lukács<sup>10</sup>. É o trabalho que nos permite transformar a natureza e criar as condições necessárias para a reprodução social. O trabalho retira a humanidade de suas determinações meramente biológicas e torna possível o que chamamos de existência social. Todos trabalham, sem exceção. Todas as relações sociais são mediadas pelo trabalho. Assim, a dona de casa trabalha. O empresário também trabalha. E por incrível que pareça, do ponto de vista filosófico, até o banqueiro trabalha. Então é claro que as relações de trabalho visadas pelo direito do trabalho são de uma categoria especial, que não se referem ao trabalho em seu sentido amplo. O trabalho a que se volta o direito do trabalho é o trabalho realizado sob o *regime de emprego*. Em regime de emprego está o trabalhador assalariado e subordinado ao dono dos meios de produção. Desta feita, o objeto específico do direito do trabalho é a relação de emprego.

Mas o conceito de relação de emprego, central para uma formulação teórica do direito do trabalho, só ganhará significado após a definição do método adequado, que consiga identificar os fenômenos cujos contornos possam ser considerados como pertencentes a uma relação de emprego.

---

<sup>10</sup> Vide LUKÁCS, Georg. *Per una ontologia dell'essere sociale*. Tradução Alberto Scarponi. Roma: Riuniti, 1981, vol. 1 e 2.

## Direito do trabalho e método

A proposta de encontrar um método apropriado para dar conta do objeto do direito do trabalho passa por uma rápida verificação de três métodos da Teoria Geral do Direito: *o positivismo, o historicismo (culturalismo) e o materialismo histórico*. Mais adiante faremos um exercício tentando verificar como o objeto relação de emprego se constitui e ganha significado diante destes métodos. Mas de onde surgiu esta história de método? Acredito ser mais fácil começarmos por um conceito que desde o início deste texto nos persegue: teoria.

O que aqui se chama de teoria está no contexto do que a chamada ciência moderna estabeleceu como sendo teoria. Estamos longe do que os antigos com base em Aristóteles estabeleceram como teoria. A teoria, no sentido grego, significava especulação ou vida contemplativa, sentido que se opunha à prática, ou qualquer atividade que visasse a intervenção no mundo. Já a teoria moderna é a teoria científica, formulada nos séculos XVII e XVIII. A teoria científica expressa o abandono da especulação sobre as causas últimas dos fenômenos em nome de uma concepção mecânico-matemática de ciência que tem como modelo a geometria. Por este modelo de ciência, a natureza é reduzida a caracteres matemáticos, o que possibilita a sua reconstrução como um sistema de axiomas. Deste modo, o conhecimento racional da natureza torna-se plenamente possível e a natureza é “desencantada”. Deste modo, não é preciso apenas contemplar a natureza: conhecendo-a, posso dela me assenorear. O homem moderno “racionaliza o mundo” para transformá-lo. Saber é poder, disse Francis Bacon, um dos baluartes da modernidade.

Esta ciência nascida deste processo de racionalização do mundo é a ciência moderna, que tem como ponto fundamental a idéia de teoria. É por meio das tramas teóricas que os conceitos, enquanto representações do mundo dos fatos, serão organizados e ganharão sentido. Uma teoria é formada de vários conceitos que quando relacionados e colocados a serviço de um conjunto específico de fatos constituem campos particulares da ciência.

## O positivismo jurídico

A concepção geométrica do mundo fez com que a modernidade traduzisse o conhecimento como certeza, algo de que o pensamento jurídico também não escapou. A luta contra a tradição do mundo antigo e os esforços na construção da modernidade se deu em todas as frentes. Na luta contra o absolutismo ergueu-se uma concepção geométrica do direito, chamada de direito natural<sup>11</sup>. Segundo esta

---

<sup>11</sup> Há que se observar que esta concepção racionalista e geométrica é apenas uma das concepções de direito natural, como bem observa Michel Villey: “(...) Existem ainda múltiplas concepções do direito natural. Ora, o jurista é convidado a recorrer à ‘razão’ (tendência de Kant: *Vernunftsrecht*), ora a ‘idéias’ (de um outro mundo, não sensível, mas inteligível), ora, ao contrário, a extrair conhecimentos sobre o justo da consideração objetiva das coisas, do mundo, da natureza no sentido estrito da palavra”. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 06

concepção, o direito seria conhecido por operações axiomáticas, por meio de operações mentais. Isto, no campo da política, era a negação da existência de uma ordem natural imposta por Deus de maneira objetiva. O direito natural é atributo do sujeito racional, o indivíduo dotado de vontade e entendimento e não mais se define pela posição no estrato social.

Com a vitória burguesa e a consolidação do capitalismo, o ideal do conhecimento científico atinge seu apogeu. Isto se dá no século XIX, mesma época da Revolução Industrial. Os grandes avanços tecnológicos exigidos pelo modo de produção capitalista fazem surgir o ideal do progresso e cientificidade. A crença de que a ciência poderia dar respostas a todas as questões sem recorrer a critérios metafísicos faz surgir o positivismo. O positivismo apenas considera o conhecimento enquanto provindo de dados objetivos. No campo do direito, o positivismo se traduz com mais intensidade na idéia de que o direito se encontra todo ele na lei. Deste modo, vê-se a transferência dos padrões herdados das ciências empíricas para o direito, fazendo surgir a discussão do direito enquanto ciência isolada, com método e objeto próprios<sup>12</sup>.

Curiosamente, o direito, para constituir-se como ciência, faz um caminho inverso daquele feito pela ciência moderna. Enquanto a ciência moderna busca intervir no mundo, o direito afasta-se cada vez mais da realidade, a ponto de desvincular-se da realidade social. O autor que melhor traduz esta tentativa de constituir o direito como ciência é Hans Kelsen. Para Kelsen, se o direito pretende ser ciência deve antes de constituir o seu objeto, que não pode ser o mesmo que de outros campos do conhecimento. Em outras palavras, o objeto da ciência do direito não é um fato social ou um determinado comportamento humano. Assim, não pode o direito render-se a considerações de cunho ideológico ou econômico. Para Kelsen, direito é norma e o que está em questão é tão somente a sua validade formal.

O objeto da ciência jurídica é a norma jurídica, e as condutas humanas só o são na medida em estão contidas nas normas jurídicas<sup>13</sup>. Assim, “a ciência jurídica procura apreender o seu objeto ‘juridicamente’, isto é, do ponto de vista do direito”<sup>14</sup>, ou seja, “como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica”<sup>15</sup>.

O direito é sistema de normas e a ciência do direito é “o conhecimento e descrição de normas jurídicas e as relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam”. Àquele a quem Kelsen chama de “jurista científico” permanece

---

<sup>12</sup> O positivismo jurídico não possui apenas esta vertente denominada de normativista. Há modelos que colocam o direito como fato social (positivismo sociológico) ou como fato provindo da existência psíquica (positivismo psicologista). É aí que está a novidade de Kelsen: ele pretende afastar o direito de qualquer formulação que empreste objetos e métodos de outras ciências para determinar o que o direito é.

<sup>13</sup> KELSEN, Hans, op. cit.. p. 1-2.

<sup>14</sup> Idem, Ibidem. p. 79.

<sup>15</sup> Idem, Ibidem, loc. cit..



o dever de neutralidade, pois este “não se identifica com a autoridade que põe a norma jurídica”. Assim, “a proposição jurídica permanece descrição objetiva – não se torna prescrição. Ela apenas afirma, tal qual a lei natural, a ligação de dois fatos, uma conexão funcional”<sup>16</sup>.

Ora, mesmo em sua pretensão de neutralidade o positivismo jurídico não consegue esconder que traz em si uma opção pela não intervenção na realidade, que em termos políticos significa a manutenção da ordem estabelecida.

Mas não é nossa intenção cair nas críticas fáceis a Kelsen, como se tornou moda. Temos inclusive que admitir que a preocupação de Kelsen era legítima. Além do mais, o pensamento conservador que, num primeiro momento foi contra o direito do trabalho afirmando que este feria o princípio da igualdade jurídica, e que ao ter que admiti-lo sempre tentou restringir ao máximo as conquistas da classe trabalhadora<sup>17</sup>, hoje, diante de alguns ganhos dos trabalhadores no campo legal, já ensaia uma crítica ao positivismo, buscando superá-lo pela via de uma “reconstrução racional” do direito que considera os argumentos “morais”<sup>18</sup>, ou pela defesa de uma “análise econômica do direito”<sup>19</sup>. E por incrível que pareça, até os conservadores hoje criticam Kelsen. No campo do direito do trabalho, por exemplo, o conservadorismo é tudo, menos positivista. O discurso pela “auto-regulação”, pelas “soluções negociadas” e pela “flexibilização de direitos”, inclusive direitos constitucionais de caráter fundamental, demonstra isto claramente.

Alguém hoje que se levante e diga: “a constituição deve ser preservada” ou, sendo mais focado na teoria geral do direito, que defenda uma “interpretação constitucional” do direito parece um conservador, mas contextualmente não é. É um progressista diante daqueles que aparentam estar na vanguarda ao defender uma “interpretação econômica” do direito. Mais uma vez a ideologia: “interpretação econômica” aqui é o que as elites, e não o que os trabalhadores consideram como sendo “econômico”.

Por isto, deixar de ser positivista é uma mudança cosmética quando isto se der em nome do interesse das elites econômicas e contra as conquistas históricas dos trabalhadores. Considerar que a legislação positivada é apenas um “entulho” autoritário que precisa ser removido não é ser “moderninho”; é ser extremamente conservador, é desprezar o fato de que o direito do trabalho é produto de um longo e árduo processo histórico.

Mas, enfim, o método positivista é ideal para o nosso objeto, a relação de emprego? Acreditamos que não. Isto porque os limites da lei são insuficientes para nos revelar o

---

<sup>16</sup> KELSEN, Hans, op. cit., p. 89.

<sup>17</sup> Autores como Bernard Edelman dirão que o direito do trabalho surge exatamente como medida restritiva das conquistas da classe trabalhadora.

<sup>18</sup> Vide DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>19</sup> Vide POSNER, RICHARD A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen Publishers, 2003.

que é a relação de emprego. Sem um olhar atento à realidade e seus movimentos não podemos saber o que é uma relação de emprego. Se ouvirmos Kelsen, e a política, a sociologia e a economia não entram em consideração quando pensarmos numa relação jurídica, sobrará muito pouco para que algo possa ser uma relação de emprego. Como é possível pensar no significado de “proteção ao empregado” sem considerações de caráter econômico e político? E ainda sobram as seguintes dúvidas: será que os artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) são suficientes para que todas as nuances de uma relação de emprego sejam reveladas? E as novas tecnologias que alteram o sentido, por exemplo, de continuidade? Pode se dizer que o positivismo mostra-se insuficiente para a tarefa metodológica de sustentar uma teoria geral do direito do trabalho.

## O historicismo ou culturalismo jurídico

Não se poderia deixar de falar de uma tentativa de rompimento com os padrões do positivismo jurídico que é o culturalismo de Miguel Reale. O culturalismo de Reale baseia sua crítica às posições tradicionais do positivismo no que ele mesmo denominará de “historicismo axiológico”<sup>20</sup>. O historicismo é uma corrente importantíssima na teoria do conhecimento social surgida na Alemanha, entre o final do século XVIII e início do século XIX, e é uma reação conservadora às mudanças promovidas pela economia capitalista. O historicismo, num primeiro momento buscava a preservação da tradição alemã que, segundo os historicistas, eram resultado legítimo de um desenvolvimento histórico e cultural, e que qualquer mudança em nome do “progresso” seria desrespeitar os valores presentes nas instituições. Michel Löwy<sup>21</sup> destaca o que considera as três hipóteses fundamentais do historicismo: 1) qualquer fenômeno social, cultural ou político é histórico e só pode ser compreendido dentro da história; 2) fatos históricos e naturais são coisas distintas; 3) não só o objeto da pesquisa é histórico como também o pesquisador está imerso no processo histórico.

A posição historicista de considerar a história como “um tribunal do mundo”, em que tudo deve ser sopesado historicamente e onde não há valores absolutos leva à conclusão de que as conclusões das ciências sociais são historicamente condicionadas. Para filósofo Dilthey, mais do que a explicação de um fato, a ciência deve compreender este fato, ou seja, atribuir-lhe sentido<sup>22</sup>.

As diferentes “possibilidades compreensivas” atadas à história levam ao relativismo, isto é, à idéia de que a verdade e os conhecimentos socialmente produzidos dependem de uma situação histórica determinada. Tudo é relativo, alguém já disse num outro contexto, mas para o historicismo isto também é válido. Daí a impossibilidade de

<sup>20</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 207.

<sup>21</sup> LÖWY, Michael. *Ideologias e ciências sociais: elementos para uma análise marxista*. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 76.

<sup>22</sup> DILTHEY, Wilhem. *Introducción a las ciencias del espíritu*. México: Fondo de Cultura, 1944.

um conhecimento puramente objetivo e sintético da realidade. Alguns como o sociólogo alemão Simmel tentaram resolver este problema propondo uma solução aparentemente simples a este problema do relativismo: se há diferentes pontos de vista e todos têm o seu valor, por que não juntá-los? Simmel propõe uma espécie de “mosaico metodológico”, em que o ecletismo seria a expressão da objetividade.

Michel Löwy<sup>23</sup>, ao criticar o ecletismo metodológico é ácido. Ele considera que a solução do compromisso como “muito freqüentemente se vê na vida universitária”, é uma ilusão. Para ele, “as soluções intermediárias não são em nada mais objetivas que as soluções extremas” e que “não há razão alguma para considerar a solução intermediária, eclética, que faz a média entre os extremos, como mais objetiva que as soluções extremas”. E ao mencionar as inúmeras tentativas de síntese entre positivismo e marxismo, termina com uma crítica arrebatadora ao ecletismo:

Existe uma quantidade infinita de sínteses possíveis entre os vários pontos de vista, as várias visões de mundo, as várias teorias. Então, em lugar de se ter três, quatro ou cinco teorias fundamentais, ter-se-iam três, quatro, cinco, dez, vinte tentativas de síntese, diversas entre elas, cada uma pretendendo ser a melhor<sup>24</sup>.

Para Löwy, enfim, a solução do historicismo pelo ecletismo e pelo compromisso é “fraca, inconseqüente e de pouca força”<sup>25</sup>.

Mas e o culturalismo jurídico de Miguel Reale, o que tem a ver com isto? Veja o que está escrito no clássico “Filosofia do Direito” de Reale:

A realidade jurídica, como veremos, não pertence à esfera dos objetos ideais, nem à esfera ou ao âmbito dos objetos psíquicos, pois lhe corresponde uma estrutura própria, a dos objetos culturais e, mais propriamente a dos objetos culturais tridimensionais, por implicarem sempre elementos de fato ordenados valorativamente em um processo normativo<sup>26</sup>.

Reale diferencia “objetos naturais”, “objetos psíquicos ou ideais”, daquilo que chama de “objetos culturais tridimensionais”. Ou seja, o direito possui necessariamente três dimensões irredutíveis: fato, valor e norma. Se são irredutíveis, Reale propõe sua solução de compromisso: junta as três dimensões. Para Reale “cada modelo jurídico corresponde a um momento de integração de certos fatos segundo valores determinados, representando uma solução temporária (momentânea ou duradoura) de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do Poder em dado momento da experiência

---

<sup>23</sup> LÖWY, Michael, op. cit.. p. 85.

<sup>24</sup> Idem, Ibidem. p. 85-86.

<sup>25</sup> Idem, Ibidem. p. 86.

<sup>26</sup> REALE, Miguel, op. cit.. p. 392.

social”<sup>27</sup>. Enfim, a verdadeira “experiência jurídica” só pode ser considerada como a síntese destes três elementos, sendo nada mais, nada menos que uma “integração normativa de fatos segundo valores”<sup>28</sup> (valores que representam “a realização histórica do espírito em sua totalidade”).

Mas como a concepção jurídico-metodológica de Reale é capaz de resolver o problema do relativismo que o historicismo traz? O “espírito humano” não se realizaria de diversas formas, de modo a comportar diversos valores culturais, até mesmo dentro de um único ordenamento jurídico? Por exemplo, o castigo corporal a um empregado não pode ser tido como um “produto histórico-cultural”? Daí Reale falar das “invariantes axiológicas”, que seriam valores que foram historicamente reconhecidos pela humanidade como universais. São valores que inspiram e legitimam os atos humanos “como se fossem inatos, ainda que se reconheça sua origem histórica”. Para Reale, uma das finalidades do direito, como experiência ética que também é, consistem em preservar as invariantes axiológicas, sem as quais “não caberia falar em liberdade, igualdade e fraternidade”.

O grande problema da teoria de Reale é o profundo déficit de realidade. A pergunta é: de que modo se define quais os valores universais que cabe ao direito salvaguardar? Dizer que é o espírito universal, ou o espírito do povo parece extremamente idealista. Neste ponto, note-se que há uma quarta dimensão da qual Reale fala, mas que comodamente afasta de sua teoria tridimensional (até porque já não mais seria tridimensional): o poder.

Reale afirma que não é possível compreender a experiência jurídica sem a interferência do poder. Os valores que compõem a experiência jurídica são tomadas de posição, decisões frente a questões concretas. Por isto “a conexão entre nexos normativo e poder é de suma importância para uma compreensão realista do direito”<sup>29</sup>, a ponto de dizer que “a convergência do direito e do poder é o infinito de uma lei social”. Entretanto, Reale afirma que “o fato do Poder não interessa, em suma, ao mundo jurídico senão e enquanto se ordena normativamente, inserindo-se, sob certo aspecto, no processo de integração normativa”<sup>30</sup>.

Longe de esgotar o tema, algumas considerações podem e devem ser feitas. A opção por não colocar o poder como elemento fundamental demonstra que Reale manteve-se preso às concepções (e aos problemas) do historicismo. Sua solução para o problema dos diversos pontos de vista metodológicos que encerravam uma teoria do direito é reunir três elementos que considerou os mais relevantes, mas que

---

<sup>27</sup> REALE, Miguel, op. cit., p. 554.

<sup>28</sup> Idem. *Lições preliminares de direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 67.

<sup>29</sup> Idem. *Filosofia do direito*, op. cit., p. 557.

<sup>30</sup> Idem, *Ibidem*, p. 560.

poderiam ser quatro, caso optasse pelo poder. Portanto, a mesma crítica feita por Löwy ao conjunto dos historicistas cabe também a Reale: o número de combinações é infinito e não garante uma melhor apreciação do objeto. Tanto é assim que Reale não nega a pedra de toque do positivismo, qual seja, a norma, mas esta enquanto integração de fatos e valores. Mas é norma e ponto; direito é dever-ser, diz Reale. Reale é um positivista eclético. Eclético porque sua teoria do direito é o resultado da “reunião artificial, congêrie de elementos diferentes, até antagônicos”<sup>31</sup>.

Na verdade, quando Reale afirma que o poder é de suma importância para uma compreensão realista e não coloca o poder na chave do “culturalismo tridimensional”, o que ele faz é abdicar de uma compreensão realista do direito!

E no campo do direito do trabalho? Será que desta vez encontramos no culturalismo jurídico um método para o objeto que queremos avaliar? Acreditamos que seria muito complicado assumir uma solução relativista ou mesmo eclética para o direito do trabalho. Como nas relações de emprego abandonar a reflexão sobre o poder econômico, de influência fundamental nas relações de emprego? Como seria possível enxergar na norma a síntese integrada de “fatos segundo valores”? As súmulas dos tribunais trabalhistas ou mesmo a legislação “flexibilizante” dos direitos do empregado (banco de horas, por exemplo) poderão ser tidas como a síntese de processos histórico-culturais, síntese esta que tornaria necessária uma nova teoria geral do direito do trabalho, que redefinisse a norma trabalhista, a relação jurídica trabalhista, as fontes do direito do trabalho e, especialmente, os critérios de interpretação das normas trabalhistas, tudo em nome da legitimação dos “valores históricos e culturais” integrados nas normas?

Seguindo este padrão, o que poderiam ser estes “valores”? Alguns diriam que estes valores são a “governabilidade”, “a estabilidade econômica”, o “equilíbrio fiscal”, o “combate à inflação” ou “a liberdade econômica”. Afinal, não são estes os valores que “toda a sociedade” admite como sendo preponderantes nesta quadra histórica em que vivemos? Quem vê isto como um problema pode estar se perguntando sobre a saída de Reale nas invariantes axiológicas, pois estas poderiam preservar o sentido que muitos acreditam ser o original da legislação trabalhista: a dignidade da pessoa humana. Caímos no velho problema do poder. Se eu retiro o poder, sou incapaz de explicar por que o direito do trabalho fundado na dignidade da pessoa humana admite a prescrição no direito do trabalho, apesar de historicamente o trabalho ser considerado o único meio legítimo, diga-se, de se ter um pingote de dignidade. Quem tem dúvidas sobre isto está precisando tomar um banho de realidade. Basta perguntar a alguém que está desempregado há muito tempo como

---

<sup>31</sup> MAMAN, Jeannette A. *Fenomenologia existencial do direito*. São Paulo: Edipro, 2003. p. 41. A mesma autora diz ainda: “Ora, o poder é um quarto elemento decisivo. Há, deste modo, uma quarta dimensão: a da decisão, cujo crivo é sempre o poder, e a opção implica arbítrio”. p. 42.

anda sua “dignidade”. Ao escolher os elementos de sua análise, a teoria do culturalismo tridimensional faz uma opção (o que implica ter poder) pelo poder. Ora, só uma teoria do direito que não despreze a análise do poder como elemento de decisão jurídica é que pode dar conta do nosso objeto. E isto o tridimensionalismo não faz.

Estas críticas não significam, todavia, que o historicismo esteja absolutamente equivocado. A volta para a historicidade e para a inserção dos valores na formação da ciência é de fundamental importância. A relação de emprego, por exemplo, só ganha sentido mediante uma análise de sua historicidade. Só a exata compreensão das profundas e intensas lutas da classe trabalhadora pela sua emancipação é que podem explicar o que é de fato a relação de emprego e quais os verdadeiros valores envolvidos nesta luta. E como não poderia deixar de ser para uma teoria geral do direito, não há que se duvidar que a relação de emprego está sendo considerada sob o prisma jurídico, o que implica considerá-la em seus contornos normativos, tal como o direito a conforma. O problema está em considerar os valores presentes na compreensão do direito como “movimentos do espírito”. É uma idealização que em nada ajuda a entender de que modo se constituiu a teoria do direito do trabalho. A retirada do poder é um sintoma disso.

Será que uma teoria geral do direito do trabalho baseada na concretude histórica da relação de emprego é possível?

## **O materialismo histórico**

Dos métodos até aqui apresentados o materialismo histórico é o que permite a mais ampla das análises sobre a teoria geral do direito, sobretudo, do direito do trabalho.

O materialismo histórico é o método que toma o ponto de vista da totalidade. Tomar a totalidade como ponto de vista é jamais desconsiderar as contradições que fazem parte da vida social. A vida social é marcada por antagonismos históricos, ou seja, antagonismos que tem sua gênese e seu fim localizados em algum lugar do tempo.

Assim, para o materialismo histórico, tudo que está na vida social faz parte do fluxo histórico e só pode ser definido como parte da totalidade. Nada é tomado isoladamente, fora do contexto social. Tudo ganha significação na vida social, marcada pelas contradições e pela historicidade.

A verdade que a ciência almeja está compreendida na totalidade concreta, marcada pelas grandes contradições, sendo a maior delas a que marca a nossa sociedade: a contradição econômica entre capital e trabalho. Para este método, qualquer análise da vida social deve levar em conta o fato de que se vive na sociedade capitalista e que

este fato condiciona irremediavelmente todos os valores sociais, inclusive os que formarão as teorias sobre o direito.

Mas quanto à teoria geral do direito, como se deu a inserção do materialismo histórico? O jurista que melhor soube responder a esta questão sem dúvida foi o soviético Evgeny Pachukanis. Pachukanis deixou muita clara a preocupação com a “forma jurídica”, buscando demonstrar o que distinguia o direito de outras formas sociais. Mas Pachukanis não parou numa concepção ideal de direito, dizendo que direito é norma ou que é tridimensional. Para ser sincero, ele fugiu até mesmo do discurso tradicional do marxismo que associava o direito à economia e à classe burguesas. Pachukanis quis saber o que de concreto, o que no mundo real dava forma ao direito.

Em Pachukanis, as análises sobre o direito iniciam-se das generalizações e abstrações engendradas pelos juristas burgueses, “partindo das necessidades de seu tempo e de sua classe”, porém, com o cuidado de “pôr em evidência o seu verdadeiro significado, em outros termos, descobrir os condicionamentos históricos da forma jurídica”<sup>32</sup>. Assim, com base no método e nas conclusões de Marx contidas em “O Capital”, Pachukanis iniciará uma análise da forma jurídica “em sua configuração mais abstrata e mais pura”, percorrendo um caminho que vai do “mais simples para o mais complicado”, até a totalidade concreta. A busca de Pachukanis, portanto, será pela história real das formas jurídicas, e não pela história que está apenas “no cérebro e nas teorias dos juristas especializados”. Para Pachukanis, a história das formas jurídicas desenvolve-se “como um sistema particular que os homens realizam não como uma escolha consciente, mas sob a pressão das relações de produção”<sup>33</sup>.

Será na relação entre sujeitos com vontades equivalentes (sujeito de direito, segundo a teoria geral do direito tradicional) que a forma jurídica ganhará corpo. A mediação jurídica cria vontades equivalentes entre sujeitos de direito, necessárias para o estabelecimento de um valor de troca. Portanto, a mesma equivalência econômica é a equivalência da forma jurídica<sup>34</sup>. É isto que permite a um homem “livre” oferecer sua força de trabalho em troca de um salário, ainda que não se

---

<sup>32</sup> PASUKANIS, E. B., op. cit.. p. 29.

<sup>33</sup> Idem, Ibidem. p. 35.

<sup>34</sup> Idem, Ibidem. p. 28. Márcio Bilharinho Naves, analisando esta questão afirma: (...) Ao estabelecer um vínculo entre a forma jurídica e a forma mercadoria, Pachukanis mostra que o direito é uma forma que reproduz a equivalência, essa ‘primeira idéia puramente jurídica’ a que ele se refere. A mercadoria é a forma social que necessariamente deve tomar o produto quando realizado por trabalhos privados independentes entre si, e que só por meio da troca realizam seu caráter social. O processo do valor de troca, assim, demanda, para que se efetive um circuito de trocas mercantis, um equivalente geral, um padrão que permita ‘medir’ o *quantum* de trabalho abstrato que está contido na mercadoria. Portanto, o direito está indissociavelmente ligado à existência de uma sociedade que exige a mediação de um equivalente geral para que os diversos trabalhos privados se tornem trabalho social. É a idéia de equivalência decorrente do processo de trocas mercantis que funda a idéia de equivalência jurídica. (...) A relação de equivalência permite que se compreenda a especificidade do próprio direito, a sua natureza intrinsecamente burguesa. (...). NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo. p. 57-58.

queira chamar isto de compra e venda; chame-se de compra e venda, mandato, sociedade, contrato *sui generis* ou mesmo uma situação jurídica objetiva ou instituição, o certo é que se criou uma relação jurídica obrigacional que só se tornou possível graças à equivalência entre a forma jurídica e a mercantil.

Para Pachukanis, a criação de um direito proletário é impossível, pois no direito é essencialmente um produto do capitalismo, o que faz com o que o direito ressinta-se da contradição irreduzível que há entre o capital e o trabalho. Significa dizer que com o fim da sociedade capitalista marcaria o fim das categorias jurídicas engendradas pelo direito. Para Pachukanis “o desaparecimento das categorias do direito burguês significará nestas condições o desaparecimento do direito em geral, isto é, o desaparecimento do momento jurídico das relações humanas”<sup>35</sup>.

O direito do trabalho que rompe com o padrão burguês da igualdade formal, que busca proteger o empregado da relação de exploração inerente ao capitalismo, também é uma forma engendrada pela mente do jurista burguês, movido por uma necessidade objetiva do capitalismo<sup>36</sup>.

Diante disto, o que se deve fazer? Uma análise dialética e histórica nos leva a admitir a exploração do capitalismo e de como o direito legitima esta exploração. Leva-nos inclusive a ver o objeto que elegemos, a relação de emprego, como substrato desta exploração, a partir do momento em que permite que a exploração se mantenha, mas sob os “limites” da relação jurídica de emprego.

## Conclusão

Enxergar tais fatos nos leva a duas conclusões, que a meu entender, são de suma importância para o delineamento de uma metodologia do direito do trabalho adequada ao objeto. A primeira é a de que o método histórico-dialético não visa a um objeto específico, mas sim à totalidade. Isto quer dizer que a compreensão da relação jurídica de emprego nos revela muito mais do que ela mesma: revela-nos os mecanismos de funcionamento de nossa sociedade. Da abstração jurídica da relação de emprego, dialeticamente há o salto para as questões mais concretas e que dão sentido histórico para este conceito. Não se fala aqui em apenas conhecer a natureza e a história das relações sociais por trás no conceito jurídico de relação de emprego; trata-se de conhecer para modificar, e esta é a principal diferença do método histórico-dialético dos outros

---

<sup>35</sup> PASUKANIS, E. B., op. cit., p. 26.

<sup>36</sup> “Par exemple, si d'un côté ou peut se féliciter du 'pouvoir' légal que la classe ouvrière a conquis, l'autre côté on peut se demander de quelle nature est ce pouvoir dès lors qu'il est légal Autrement dit, si la loi (bourgeoise) donne 'du' pouvoir à la classe ouvrière, de quel pouvoir est-il exactement question? On conviendra sans peine qu'il ne peut s'agir que de 'pouvoir bourgeois', octroyé par un 'droit bourgeois'; car on conviendra aisément que le droit bourgeois ne peut rien donner d'autre que du 'pouvoir bourgeois', ces't-à-dire une forme spécifique d'organisation et de représentation, structuré par le droit, précisément, et qui le reproduit”. EDELMAN, Bernard. *La légalisation de la classe ouvrière*. Paris: C. Bourgeois, 1978. p. 12.



métodos. Ele, ao contrário do positivismo e do historicismo, não fica apenas na aceitação de que o direito está na norma ou que o “espírito do povo” legitima a ordem. O método histórico-dialético propõe a mudança, por isto o direito do trabalho pode se converter em importante instrumento de transformações sociais, ainda que não decisivas sobre a estrutura do capitalismo, mudanças importantes no sentido de fortalecer a classe trabalhadora. Tem-se que a teoria geral do direito do trabalho pode fornecer instrumentos de intervenção social efetivos em uma realidade histórica como a brasileira, marcada pela superexploração do capital.

Já a segunda conclusão é se o método histórico-dialético é o método crítico, ele exige uma postura ativa dos juristas. O jurista deve tomar posição e não temer isto, pois no materialismo histórico há o reconhecimento de que a ciência é influenciada pela visão que o cientista social tem do processo político e social. A neutralidade é produto de um idealismo que uma teoria geral do direito do trabalho não pode admitir. Desta forma, admitir que o direito do trabalho é produto do capitalismo não significa, de modo algum, para aqueles que acham o capitalismo essencialmente injusto, lutar contra o direito do trabalho. Aliás, o capitalismo não depende do direito do trabalho; basta verificar que ele nasceu sem que nem se pensasse em algo parecido como o direito do trabalho. *O direito do trabalho é uma conquista dos trabalhadores em luta, é a reivindicação por justiça social que foi, sim, apropriada pelo direito.* Mas isto não é o problema em si: o problema é considerar o direito do trabalho (direito, e nunca é demais insistir nisto, aqui entendido no sentido formal) como a fronteira final, como a emancipação da classe trabalhadora. O direito do trabalho é meio e não fim. Ele é um bastião na luta contra a exploração do capitalismo, um instrumento que pode alargar as fissuras que, em virtude da historicidade dos processos sociais, podem um dia, quem sabe, levar a uma nova sociedade. Por isto o teórico do direito do trabalho não deve se envergonhar e dizer: uma teoria geral do direito do trabalho visa a justiça social, não como um ideal, mas como algo concreto, como um estabelecimento de práticas em prol da classe trabalhadora.

Por isto, o método histórico-dialético seja o que melhor dê conta do nosso objeto, a relação de emprego. A construção de uma teoria geral do direito sob a égide deste método pode inaugurar um novo horizonte para a concretização de práticas emancipatórias nas relações sociais, levando a real proteção dos interesses do trabalhador da periferia do capitalismo.

\*

## Bibliografia

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O direito no jovem Lukács: a filosofia do direito em história e consciência de classe*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2006.
- ANTUNES, Ricardo. *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2002.
- CALDAS, Camilo Onoda. *Perspectivas para o direito e a cidadania: o pensamento jurídico de Cerroni e o marxismo*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2008.
- DILTHEY, Wilhem. *Introducción a las ciencias del espíritu*. México: Fondo de Cultura, 1944.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- EDELMAN, Bernard. *La légalisation de la classe ouvrière*. Paris: C. Bourgois, 1978.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução José Lamego. São Paulo: Calouste Gulbekian, 1997.
- LOWY, Michael. *Ideologias e ciências sociais: elementos para uma análise marxista*. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2003.
- LUKÁCS, Georg. *Per una ontologia dell'essere sociale*. Tradução Alberto Scarponi. Roma: Riuniti, 1981, vol. 1 e 2.
- MAMAN, Jeannette A. *Fenomenologia existencial do direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2003.
- MASCARO, Alysson. *Lições de sociologia do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- NAVES, Márcio. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2000.
- PASUKANIS, E.B. *A Teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- POSNER, RICHARD A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen Publishers, 2003.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SIMÕES, Carlos. *Direito do trabalho e modo de produção capitalista*. São Paulo: Símbolo, 1979.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho com instrumento de justiça social*. São Paulo: LTR, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Relação de emprego e direito do trabalho: no contexto da ampliação da competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTR, 2007.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

# A questão da legalidade em Galvano Della Volpe: um diálogo necessário com Pachukanis

VINÍCIUS MAGALHÃES PINHEIRO

*Mestre em Direito Político e Econômico – Universidade Presbiteriana Mackenzie.*

*Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino e do Curso de Direito da Faculdade Zumbi dos Palmares. Advogado.*

**Resumo:** O artigo visa apresentar a obra do marxista italiano Galvano Della Volpe, tentando construir seu conceito de direito e sua crítica da legalidade. Procurou-se contextualizar Della Volpe no debate italiano - no qual também protagonizou Norberto Bobbio - em torno da democracia, com algumas interessantes considerações dellavolpianas sobre Estado e constitucionalismo. Todavia, ainda que de forma não definitiva, por conta das dimensões deste artigo, intentou-se contrastar o pensamento de Galvano Della Volpe com o ápice do pensamento jurídico crítico: a obra do jurista soviético Evgeni Pachukanis. Assim, do mencionando balanceamento entre Della Volpe e Pachukanis, obtém-se algumas ponderações sobre as dificuldades do pensador italiano em promover uma leitura autenticamente marxista do direito.

**Palavras-chave:** Crítica da legalidade; Direito; Evgeni Pachukanis; Galvano Della Volpe; Marxismo.

**Abstract:** The present article is about presenting the Italian Marxist piece Galvano Della Volpe, trying to construct his law concept and his legal critic. A contextualized aspect on Italian debate was respected – in this debate Norberto Bobbio had also a main act – around democracy with some Della Volpe’s interesting consideration marks about State and Constitutionalism. Therefore it isn’t definitive because of this article dimensions, Galvano Della Voep thought was contrasted with the Critical and juridical summit thought: the Soviet Evgeni Pachukanis production. Counterbalanced between Della Volpe and Pachukanis, we can get some ponderations on the Italian philosopher difficulties for promoting a genuine Marxist lection of Law.

**Key words:** Legal Critic; Law; Evgeni Pachukanis; Galvano Della Volpe; Marxism.

## Galvano Della Volpe e o marxismo

De forma bastante condensada, haja vista que o presente texto de modo algum pretende esgotar o assunto, iremos fixar algumas considerações sobre marxismo e direito em Galvano Della Volpe e Evgeni Pachukanis.

Especificamente no que se refere a Della Volpe, filósofo marxista italiano do século XX, é possível fixarmos dois períodos: uma juventude historicista e neo-hegeliana, portanto, não-marxista, contraposta a uma maturidade marxista<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Perry Anderson (*Considerações sobre o marxismo ocidental*. São Paulo: Brasiliense, 1989), dentre outros, diz que Della Volpe integra um grupo denominado “marxismo ocidental”, no qual há uma substituição da tradicional temática das estruturas econômicas e políticas por questões metodológico-filosóficas. Apesar de sua respeitabilidade, preferimos a idéia de que este conceito é “teoricamente inconsistente (...) Os critérios invocados na defesa da sua constituição, valência e vigência carecem do limiar mínimo de rigor, susceptível de garantir contornos de um território do pensamento autônomo. (...) Há leituras, interpretações, desenvolvimentos criativos do marxismo a leste e a oeste.” In: CONCEIÇÃO, Gisela da. *Ler Althusser, leitor de Marx*. Lisboa: Editorial Caminho, 1989. p. 48.

Num primeiro momento, nos idos da década de 1920, Galvano Della Volpe fora um historiador da filosofia, com estudos centrados em filologia, história das idéias, oferecendo explicação de textos filosóficos e comparação entre sistemas filosóficos. De 1930 a 1943, debruçou-se sobre questões de lógica e estética, com estudos referentes a Nietzsche, Heidegger, Kant, Hegel, Schiller e Croce. São suas obras dessa fase “Fundamentos de uma filosofia da expressão”; “Crise crítica da estética romântica” e “Crítica dos princípios lógicos”.

De 1943 a 1950, dá-se o segundo momento dellavolpiano: a assimilação marxista. Escreve “A teoria marxista da emancipação humana”, “A liberdade comunista” e “Pela teoria de um humanismo positivo”, obras nas quais se volta à ética marxiana, refletindo sobre a revolução proletária e a liberdade, assim como sobre a questão da igualdade e o valor de um socialismo democrático e humanista, bem como a possibilidade de uma autêntica comunidade humana na futura sociedade sem classes. O contexto sócio político italiano gira em torno da Segunda Guerra Mundial, envolvendo a luta contra o fascismo e a esperança de reconstrução nacional.

De 1950 a 1968, data de seu falecimento, Galvano Della Volpe atinge sua maturidade marxista. Nesta fase, são publicadas algumas de suas obras vitais: “Rousseau e Marx” (com amplo debate sobre ética e política), “Lógica como ciência histórica” (com questões referentes à dialética materialista), “O verossímil fílmico e outros estudos de estética” (ensaios sobre a filosofia materialista da arte) e “Crítica da ideologia contemporânea” (no qual Della Volpe expõe seus debates e polêmicas com outros filósofos). E é esta terceira fase dellavolpiana que mais nos interessa neste artigo.

Galvano Della Volpe não aderiu ao marxismo pela via mais rotineira, qual seja, a militância antifascista<sup>2</sup>. Sua introdução ao pensamento de Karl Marx se deu “através de um longo e inusitado percurso filosófico”: a “longa viagem” do atualismo ao marxismo mediante a crítica do idealismo hegeliano, a descoberta do empirismo de Hume e do existencialismo como “filosofia do finito”. Uma viagem que lhe permitiria reabrir o discurso sobre Marx e reivindicar a “autonomia problemática, filosófica e ética” do marxismo<sup>3</sup>.

Uma de suas teses centrais - e, por isso mesmo, uma de suas maiores contribuições teóricas, é a auto-suficiência marxista enquanto corpo doutrinário. Se em outros países, o marxismo acabou e teve relevante composição com o

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *Nem com Marx, nem contra Marx*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2004. p. 13.

<sup>3</sup> MATTEUCCI, Nicola. La cultura italiana e il marxismo dal 1945 al 1951. *Rivista di filosofia*, v. 44, n. 1, 1953 apud BOBBIO, Norberto, op. cit.. p. 13.

existencialismo, o neopositivismo, o pragmatismo e a fenomenologia, na “Itália, Della Volpe buscava em Marx, liberado de todo contágio com a filosofia clássica e pós-clássica alemã, não o continuador de Hegel, mas sim, o de Galileu”<sup>4</sup>. Della Volpe, assim, toma distância da tradição italiana de “retorno a Marx”, à qual pertence também Mondolfo: ‘somente com Della Volpe começa uma nova história, ainda que em meio a muitos contrastes’<sup>5</sup>.

As propostas metodológicas dellavolpianas, portanto, implicam um dos pontos de maior dificuldade para o entendimento do seu sistema. Aqui se verificam as questões de maior polêmica, em especial por conta das peculiaridades da leitura marxista de Galvano Della Volpe. Enquanto a maioria dos estudiosos de Marx afirma ser ele um herdeiro filosófico de Hegel e de Ludwig Andreas Feuerbach, Della Volpe navega contra a corrente e constrói uma forma anti-hegeliana de se pensar o marxismo. Segundo o autor italiano, Marx não parte do pensamento de Feuerbach e Hegel, mas sim, de Aristóteles e Galileu, o que vai exigir do pensador italiano uma contundente fundamentação teórica, a qual nos leva a uma grande viagem pela história da filosofia. Assim, se faz necessário um diálogo com um outro gigante: Louis Althusser, filósofo franco-argelino, igualmente marxista anti-hegeliano, cuja obra é de grande repercussão na atualidade. Infelizmente, por conta da especificidade temática deste artigo, não adentraremos em tais questões, ainda que façamos votos de poder trazê-las ao debate filosófico-jurídico brasileiro.

## A legalidade socialista em Galvano Della Volpe

Galvano Della Volpe apresenta interesse pelas garantias político-jurídicas do pensamento burguês. Lembra que o próprio Marx, também, demonstrou interesse, quando de sua crítica ao caráter parcial da emancipação gerada pela revolução burguesa. Segundo Della Volpe, o próprio Marx apontou o prolongamento da superestrutura burguesa no Estado socialista, justamente a partir de uma necessidade de igualdade de direitos quando da repartição da riqueza socialmente produzida. Todavia, Della Volpe aponta que Marx fora limitado neste sentido. Certamente, sob este olhar dellavolpiano, deve haver, sim, isonomia na distribuição da riqueza socialmente produzida<sup>6</sup>, mas não só: Marx deixou de destacar, da mesma forma, a necessidade de prolongamento, no Estado socialista, do “garantismo” jurídico, presente, em geral, nas teorias

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 13.

<sup>5</sup> MONDOLFO, Rodolfo. *Umanismo di Marx. Studi filosofici 1908-1966*. Introdução de Norberto Bobbio. Torino: Einaud, 1968 apud BOBBIO, Norberto, op. cit., 2004. p. 13.

<sup>6</sup> Diferentemente do que se dá no modelo capitalista, em que se privatizam as riquezas socialmente produzidas.

políticas e jurídico-constitucionais burguesas. Marx deixou de fazê-lo, mas Della Volpe o fez.

Assim, a título de esclarecimento dessas reflexões, fazem-se necessárias as próprias palavras de Della Volpe:

Marx (...) que, todavia, teve um sentido tão agudo da necessidade histórica da superestrutura jurídica burguesa, a ponto de mostrar seu prolongamento no próprio Estado socialista sob o aspecto da medida ‘igual’ da repartição dos bens produzidos pelo trabalho social, ou residual direito econômico ‘burguês’ (...), nunca se preocupou em sublinhar de igual modo a necessidade de prolongar-se, no mesmo Estado socialista, do ‘garantismo’ jurídico, constitucional, de cada pessoa-cidadão. É verdade que o problema da revolução ‘social’ o absorvia demasiado para permitir-lhe reconhecer a herança substancial irrecusável da revolução ‘política’, ou seja, a medida da duração de certos valores burgueses no futuro. E Lênin, (...), acompanhou-o também quanto a isto na sua teoria da ‘ditadura do proletariado’. Lênin, para quem, (...), ‘democracia significa igualdade’ *social* apenas: porque, explicam-nos eles, compreende-se quão grande importância tenham a luta do proletariado pela igualdade e a palavra de ordem da igualdade se compreender esta exatamente no sentido da *eliminação das classes*<sup>7</sup>.

E mais: Della Volpe chega mesmo a apontar algumas conclusões sobre aquilo a que ele se refere como “premissas da herança jurídica burguesa no Estado socialista”. Segundo ele, e aqui temos uma primeira conclusão sua, é no “garantismo constitucional socialista” (na expressão dele próprio) que se renovam as liberdades civis, assim como, os “conselhos populares” (sovietes) são renovações dos parlamentos burgueses e, por fim, é na regra do “para uma parte igual de trabalho efetuado, uma parte igual de produto”, que se renova o direito econômico burguês<sup>8</sup>. São suas palavras sobre esta primeira conclusão a respeito do mencionado “garantismo constitucional socialista”:

É preciso ter em mente que no ‘garantismo’ constitucional socialista são renovadas as liberdades civis, assim como o parlamentarismo nos conselhos populares que são os sovietes ou o direito econômico-burguês na ‘para uma parte igual de trabalho efetuado, uma parte igual de produto’<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> DELLA VOLPE, Galvano. *Rousseau e Marx: a liberdade igualitária*. 4. ed. Lisboa: Edições 70, sd. p. 85-87.

<sup>8</sup> É recorrente notar que, apesar de algumas concessões teóricas ao liberalismo-burguês, Della Volpe jamais o acolhe sem as devidas ressalvas. Fizemos questão de repetir o uso do verbo “renovar”, em seus variados tempos verbais, neste trecho justamente para destacar que Della Volpe refere-se não a um resgate simples e incondicionado de institutos jurídicos liberal-burgueses, mas sim a um reavivamento dos mesmos. Tanto é assim, que no que se refere à mencionada norma de caráter econômico, Della Volpe faz questão de destacar o caráter eminentemente socialista da norma mencionada por conta de sua natureza social ao oferece reconhecimento ao trabalho e seu produto.

<sup>9</sup> DELLA VOLPE, Galvano, op. cit.. p. 85 e 87.

Ressalte-se, ainda, que em Della Volpe, inspirando-se em Kruschev, diz

As normas do Estado de direito são conservadas, isto é, são ao mesmo tempo transformadas, *transvaloradas* - e em suma, *renovadas* - no peculiar registro progressista econômico-social-político de um Estado socialista enquanto ‘Estado de todo o povo’<sup>10</sup>.

A segunda conclusão dellavolpiana refere-se à instância igualitária, fundamentada de maneira materialista, enquanto sustentáculo do Estado socialista. Della Volpe não é ingênuo e compreende que não deixará de ser burguês o modelo econômico-político que não se desfizer de um modo de produção baseado na privatização da riqueza socialmente gerada. Assim, compreende o filósofo italiano que o assentamento de toda organização política possui fundamento econômico. E, aqui, Della Volpe é autenticamente marxista. Todavia, como veremos adiante, a partir da perspectiva de Evgeni Pachukanis, a forma de se projetar a consolidação do referido fundamento econômico não foi, aparentemente, dos mais autenticamente marxistas em Galvano Della Volpe.

A terceira conclusão dellavolpiana referente às premissas da herança jurídica burguesa no Estado socialista (ou, usando outra expressão do autor, “garantismo constitucional socialista”) é aquela na qual o mesmo Estado (e direito, diga-se de passagem) socialista, em que Della Volpe admite o prolongamento da superestrutura jurídica (portanto, elemento de concepção e prática burguesa-liberal), é aquele que será extinto com o fim da luta de classes e o surgimento do comunismo. Della Volpe, assim, apesar de ter feito suas concessões à teoria político-jurídico de garantismo constitucional (cuja origem e desenvolvimento, como procuramos apontar em Della Volpe, é, repita-se, notadamente burguês-liberal) ainda se mantém próximo ao marxismo ao prever a extinção do Estado (e, por via de consequência, do direito). São suas palavras neste sentido:

(...) o Estado destinado (segundo a hipótese conclusiva formulada pela teoria clássica marxista-leninista) a ‘extinguir-se’ naquela ‘sociedade de livres e iguais’ que é a sociedade comunista propriamente dita, ou sociedade sem classes, em que as ‘funções públicas perderão o seu caráter político e tornar-se-ão simples funções administrativas para a assistência dos interesses da sociedade (Engels, citado por Lênin em *Estado e Revolução*), é este mesmo Estado socialista (SIC)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Observe-se que estas referências dellavolpianas (no caso, a Khruchtchev primeiro secretário do Comitê Central do Partido Comunista da União Soviética) dão a entender um certo grau de comprometimento ideológico com certas repercussões em seu pensamento. De toda forma, as palavras de Della Volpe procuram esclarecer que ele, como destacado acima, não admite incondicionalmente a técnica jurídica burguesa-liberal. DELLA VOLPE, Galvano, op. cit., p. 272.

<sup>11</sup> Idem, *Ibidem*, p. 270.

Como temos verificado, Galvano Della Volpe visualiza a hipótese da manutenção de uma certa herança jurídica burguesa no Estado socialista. Mas qual teria sido o percurso intelectual de Della Volpe a tal?

O próprio Galvano Della Volpe admite que, de uma certa forma, o resultado de seus diálogos com Norberto Bobbio lhe permitiu alguma formulação teórica. Bobbio, segundo Della Volpe, cria o conceito de “funcionalidade das normas técnicas burguesas num Estado proletário”, segundo o qual, o direito, enquanto técnica, é um instrumento apto a ser utilizado tanto em países capitalistas, quanto por socialistas. E assim o seria, ainda, acompanhando a leitura dellavolpiana de Bobbio, haja vista existirem em todos os homens, burgueses ou proletários, fins comuns decorrentes de sua sociabilidade. Segundo Galvano Della Volpe

A este fato nos reporta, ao menos indiretamente, a questão levantada por Norberto Bobbio (em *Política e Cultura*, Turim, 1955) acerca da funcionalidade das ‘normas técnicas jurídicas’ (do ‘garantismo’ burguês) mesmo para um Estado proletário. Bobbio procura simplesmente demonstrar a legitimidade da ‘exigência de convidar os defensores da ditadura do proletariado a considerar as formas de regime liberal-democrático pelo seu valor de técnica jurídica mais requintada e mais avançada’. E para Bobbio, numa palavra, ‘o importante é que se comece a conceber o direito não já como fenômeno burguês, mas como conjunto de normas técnicas que podem ser empregadas tanto por burgueses como por proletários para conseguir certos fins que são comuns a uns e a outros, como homens sociáveis’<sup>12</sup>.

Certamente, a reflexão de Bobbio é passível de severas críticas. Vamos nos concentrar nas críticas de Della Volpe. O marxista italiano, a partir da “funcionalidade das normas técnicas burguesas num Estado proletário”, de Bobbio, lança um olhar sobre a Constituição Soviética de seu tempo. Nela, Della Volpe identifica tanto o princípio jurídico liberal-burguês da isonomia, em especial no que se refere à igualdade de direitos de todos os cidadãos soviéticos, independentemente de suas características e condições peculiares, quanto o direito à “inviolabilidade da pessoa”. Segundo ele:

Sabemos que a constituição soviética atual, da época pós-staliniana - promulgada em 1960, mas conferir com a constituição idêntica de 36, traz os artigos 123-8 referentes à igualdade dos direitos dos cidadãos independentemente da sua nacionalidade e raça, a liberdade de consciência, de palavra, de imprensa, de reunião, de organização dos sindicatos, assim como o direito de *habeas corpus*, ou seja (diz-se nela) da ‘inviolabilidade da pessoa’, pelo que ‘ninguém pode ser preso a não ser por decisão de um tribunal ou com a sanção de um procurador’, etc<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> DELLA VOLPE, Galvano, op. cit., p. 270.

<sup>13</sup> Idem, Ibidem. p. 270.



Se Della Volpe tivesse encerrado suas observações neste ponto, bastante, provavelmente, ele estaria de acordo com Bobbio. Mas Galvano Della Volpe, acertadamente, induz que as mesmas “normas técnicas burguesas” não são tão funcionais assim, quer num Estado burguês, quer num Estado proletário, como pretensamente imaginava Bobbio. Della Volpe aponta para a necessidade de uma fundamentação bastante específica para a legalidade socialista. Assim, a simples existência da constituição soviética, ainda que técnica normativa jurídica (portanto, legatária da tradição político-jurídica do tipo liberal-burguesa) num Estado que se dizia socialista, não creditava razão automática de Della Volpe a Bobbio. Segundo Galvano Della Volpe:

(...) ficam por ver as razões específicas profundas disto<sup>14</sup>, razões que não podem coincidir com as razões específicas do Estado liberal ou democrático burguês; quanto mais não seja porque aquelas liberdades e direitos subjetivos, aquelas normas técnicas constitucionais, inscrevem-se no registro social e político do primeiro Estado socialista, que tem novos e peculiares fundamentos. Para precisar a validade da exigência formulada por Bobbio não basta, por certo, aduzir aqueles fatos que são as constituições soviéticas em questão, em que é quase supérfluo notar, acima de tudo, a abolição daquele ‘racionamento da liberdade’ (civil) ‘a favor da liberdade’ (igualitária) que é, segundo uma expressão de Lênin, a ditadura do proletariado em sentido estrito<sup>15</sup>.

Della Volpe, então, visualiza dois objetos principais, justamente o modo e a causa, para aquilo que ele se referiu como “reconstituição socialista de normas jurídicas burguesas”<sup>16</sup>. E o que seria o modo em Della Volpe? Numa sentença: a abolição do direito de propriedade privada dos meios de produção. E qual seria a causa? A necessidade de manutenção de um Estado de direito, mesmo no socialismo.

Vamos aos argumentos de Della Volpe. No que se refere à abolição do direito de propriedade, só será verdadeira a “reconstituição socialista” da legalidade burguesa se referido direito, o qual “historicamente se revelou antieconômico, anti-social e desumano”<sup>17</sup> for abolido, na medida em que nunca fora um direito, mas sim, uma “categoria do privilégio”<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Para não se perder o raciocínio, uma breve nota: o filósofo está se referindo fundamentação da constitucionalidade soviética.

<sup>15</sup> DELLA VOLPE, Galvano, op. cit., p. 270-271.

<sup>16</sup> (...); mas é necessário estabelecer o como e o porquê daquela abolição e da correlativa reconstituição socialista de normas jurídicas burguesas, ou seja, de normas do ‘Estado de direito’. Idem, *Ibidem*, p. 271.

<sup>17</sup> Idem, *Ibidem*, p. 271.

<sup>18</sup> Idem, *Ibidem*, p. 271.

Quanto à causa aludida por Galvano Della Volpe para a manutenção de um Estado de direito no socialismo, suas palavras bastam por si somente:

E quanto ao porquê desta reconstituição socialista de normas do Estado de direito, basta recordar que enquanto houver Estado, mesmo um Estado democrático avançado ao máximo como Estado socialista, enquanto houver uma sociedade organizada segundo a relação governantes-governados, o princípio fundamental do Estado de direito, isto é, o princípio de um limite do poder do Estado relativamente às pessoas dos cidadãos, permanece insuperado - e só inviolável à custa de iniquidades e sofrimentos humanos incalculáveis: pense-se apenas naquele corolário capital desse princípio que é o direito do *habeas corpus* e nas violações sofridas por este na época stalinista<sup>19</sup>.

Assim, Della Volpe admite o liberalismo, desde que este implique no controle do poder estatal. E assim, num Estado socialista é que se verifica o aproveitamento de uma série de normas liberal-burguesas, em especial, daquelas referentes ao controle da ação estatal, responsáveis pela “inviolabilidade da pessoa humana”, havendo supressão unicamente do direito à propriedade dos meios de produção. Segundo ele:

E então não só é inobjetável que - como diz Bobbio - “é muito fácil desembaraçar-se do liberalismo se ele é identificado com uma teoria e prática da liberdade como poder da burguesia, mas é bastante mais difícil desembaraçar-se dele quando ele é considerado como a teoria e a prática dos limites do poder estatal [...] porque aqueles que são os seus *felizes possuidores, a liberdade como ‘não-impedimento’* (...); mas deve também ter-se presente a razão mais profunda de tal verdade, que foi formulada no princípio ético kantiano do ‘homem fim e nunca meio’ ou instrumento. Um princípio que, por outro lado, verdadeiramente universal, somente (embora pareça paradoxal) num Estado socialista digno desse nome, somente na legalidade socialista soviética, exatamente em virtude daquela *renovatio* socialista dos direitos subjetivos ou liberdades civis inspirados naquele princípio que atrás se viu e que consiste na supressão, dentre aqueles direitos unicamente do direito de propriedade privada dos meios de produção - com todas as alienações humanas que ele atualmente comporta. E eis a consciência liberal, tão profunda quanto original, da recente história (socialista), destinada a surpreender o filósofo liberal mais autocrítico<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> DELLA VOLPE, Galvano, op. cit., p. 272.

<sup>20</sup> Idem, Ibidem. p. 272-273.

E complementa Della Volpe, referindo-se à perfeita viabilidade da legalidade socialista enquanto agregadora de ideologia operária e ideologia burguesa:

Quanto à legalidade socialista, resolve-se nela, parece-nos, o conjunto dos problemas econômicos e sociais enquanto problemas essencialmente políticos que se acumularam desde o advento do Estado de direito em diante: e resolve-se numa síntese histórica de Rousseau e Kant (=liberdade em função da igualdade e vice-versa) não já reduzida a uma soberania popular-nacional-burguesa mas realizada numa soberania popular-proletária (operária) pode acolher e conciliar no seu centralismo (democrático-operário) aquelas liberdades civis do ‘ordenamento jurídico’ burguês que não estejam em desarmonia (*habeas corpus*, etc.) com a liberdade das massas, ou imensa maioria, pela escravidão do salário; e onde, por outro lado, o ordenamento jurídico do segundo (Kant), renovado, como se viu, no seio do centralismo democrático, adquire, somente assim, a validade universal a que em vão aspirava na sua originária estreita rigidez burguesa (SIC)<sup>21</sup>.

Della Volpe vai apresentar, assim, sua tese da “dialética das liberdades”, ou seja, a legalidade socialista enquanto superação da antinomia entre liberdade burguesa e liberdade proletária. Considera Galvano Della Volpe, que somente num Estado socialista é que se realiza a harmonização das liberdades “civil” (ou burguesa, por ele expresso enquanto “liberdade como garantia de não-impedimento estatal de cada pessoa”<sup>22</sup>) e “igualitária” (ou proletária, por ele expresso enquanto “liberdade social das humanas possibilidades de cada pessoa”<sup>23</sup>). São cristalinas suas palavras:

Mas, por outro lado, é de ter presente que estas duas liberdades - tão diversas como claramente se vê a partir de qualquer das respectivas fórmulas utilizáveis, por exemplo, a de liberdade social das humanas possibilidades de cada pessoa, cada uma, e a de liberdade como garantia de não-impedimento estatal de cada pessoa, para a outra, estas liberdades só se harmonizam na legalidade do Estado socialista, e propriamente na sua renovação ou redução ao essencial humano da segunda liberdade dentro da expansão da primeira liberdade (mediante o centralismo democrático-operário) se dilui aquela sua antinomia que atormenta toda história da liberdade e da democracia modernas<sup>24</sup>.

Resgatando suas concepções referentes à questão democrática, Galvano Della Volpe menciona Rousseau e Kant. Segundo ele, a legalidade socialista atua enquanto autêntica síntese dialética, resultante da contraposição entre a “liberdade em função

<sup>21</sup> DELLA VOLPE, Galvano, op. cit., p. 274-275.

<sup>22</sup> Idem, Ibidem. p. 278-279.

<sup>23</sup> Idem, Ibidem. p. 278-279.

<sup>24</sup> Idem, Ibidem. p. 278-279.

da igualdade” rousseauiana e a “igualdade em função da liberdade” kantiana, reforçando o papel de vanguarda do proletariado<sup>25</sup>. Segundo ele,

Donde, na legalidade socialista (soviética) coexistem ao mesmo tempo a instância da liberdade-em-função-da-igualdade ou liberdade maior (Rousseau) e a instância da igualdade-em-função-da-liberdade ou liberdade menor (Kant). De modo que o proletariado (soviético) torna-se o libertador do gênero humano, na medida em que o consinta a política; conseguindo também - na legalidade socialista - assegurar a efetividades das liberdades civis mediante o adequado expoente igualitário (socialista) que lhes é conferido<sup>26</sup>.

E, tratando desta questão atinente à “dialética das liberdades”, vale sempre ressaltar que entre a “liberdade maior” (“liberdade igualitária” ou “material”) e a “liberdade menor” (“liberdade formal”), Galvano Della Volpe dá ênfase, certamente, à primeira liberdade. Assim o é, pois apenas o igualitarismo, nascido de Rousseau e expandido pelo “socialismo científico” de Marx, Engels e Lênin, na perspectiva dellavolpiana, é apto a contagiar as liberdades civis com valores tais que não lhe permitam a conversão ideológica em privilégios<sup>27</sup>. Segundo Galvano Della Volpe,

Como tal, finalmente, toda a liberdade civil digna desse nome é comparável a uma quantidade que tenha um expoente não inferior a ela: isto é, é o expoente igualitário semelhante que lhe confere a qualquer liberdade ou direito civil aquele grau de valor que impede a sua queda na categoria de privilégio; e assim, a liberdade maior garante a liberdade menor, valha a verdade<sup>28</sup>.

Assim sendo, a “dialética das liberdades” só terá encontrado sua síntese histórica com a legalidade socialista, ainda que, Della Volpe reconheça haver outras fases a serem alcançadas, quando os próprios Estado e legalidade socialistas forem superados. Segundo Galvano Della Volpe, há uma dialética das duas modernas instâncias de liberdade, a igualitária e a civil. Assim,

Dialética essa, cujo momento historicamente mais avançado é a legalidade socialista, embora não se encerre com ele o alcance histórico da primeira e maior instância; já que esta tende para uma igualdade social mediadora de pessoas e como tal condiciona a segunda em toda a sua história até que se chegue a um conjunto de liberdades civis essenciais, ou seja, reduzidas ao essencial humano com a abolição da liberdade-privilégio da posse privada dos meios de produção (legalidade socialista); isto significa que a primeira transcende pela sua plena atuação a segunda e com ela o Estado em geral, incluindo o socialista, com as suas classes, por um lado, e as pessoas-cidadãos e que consta, por outro, e a metapolítica, com suas bases econômicas adequadas ao objetivo (um destino paradoxal, ou simplesmente o destino histórico, daquela liberdade concebida primeiramente pelo moralismo espiritualista, humanitário e portanto, interclassista de Rousseau)<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> DELLA VOLPE, Galvano, op. cit.. p. 278-279.

<sup>26</sup> Idem, Ibidem. p. 278-279.

<sup>27</sup> Idem, Ibidem. p. 279.

<sup>28</sup> Idem, Ibidem. p. 279.

<sup>29</sup> Idem, Ibidem. p. 278.

## Um diálogo necessário com Evgeni Pachukanis

As conclusões dellavolpianas relativas ao direito e à questão da legalidade não poderiam passar incólumes a uma leitura crítica. Certamente, há diferentes formas de se interpretar a obra de Marx e Engels, tanto no que tange às temáticas (a partir dos textos marxianos e engelsianos, é possível a extração de estudos variados, da economia à filosofia, da política e sociologia à estética), quanto na questão metodológica. A obra de Galvano Della Volpe é, na história do marxismo, das mais ricas em variedades de assuntos abordados. Certamente, Galvano Della Volpe teve seus temas mais recorrentes, em especial, no que se refere às questões filosóficas. Sua leitura do direito é rica, sim, todavia, na tradição marxista, houve outros pensadores mais (e mesmo melhores) inclinados no estudo do direito a partir da metodologia marxiana.

Dentro deste grande universo de pensadores marxistas do direito, façamos um corte bastante cirúrgico e tragamos à cena a obra de Evgeni Pachukanis. A importância do referido jurista russo decorre de sua metodologia rigorosamente marxiana, ou seja, o uso fiel à leitura dos textos originais de Marx, e das possibilidades de resistência a formas de dominação de classe efetivadas através de mecanismos institucionais jurídicos, “em especial por intermédio de uma representação jurisdicista do Estado”<sup>30</sup>.

Conforme o professor Márcio Bilharinho Naves, na sua obra “Direito e marxismo: um estudo sobre Pachukanis”, o jurista russo parte de uma “análise teórica da forma jurídica enquanto forma histórica, permitindo compreender o direito como fenômeno real.<sup>31</sup> E é o que se identifica em Pachukanis, entre tantas outras passagens do seu livro “Teoria geral do direito e o marxismo”: “(...) um conceito tão complexo como o de direito não pode ser explicitado exhaustivamente por uma definição feita segundo as regras da lógica escolástica”<sup>32</sup>.

Ainda segundo o autor, o jurista soviético baseia-se no princípio metodológico marxiano, segundo o qual o movimento (histórico-social) vai do abstrato ao concreto e do simples ao complexo<sup>33</sup>, de modo que “devemos começar pela análise da forma jurídica na sua figura mais abstrata e pura, para passar depois pelo caminho de uma gradual complexidade até a concretização histórica”<sup>34</sup>. Dessa forma, a história do direito (e suas abstrações) não se dá a partir de um sistema de idéias, mas sim do desenvolvimento social<sup>35</sup>. Conforme Pachukanis, “(...) o desenvolvimento dialético

<sup>30</sup> NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2000. p. 12.

<sup>31</sup> Idem, *Ibidem*. p. 40.

<sup>32</sup> PASUKANIS, Evgeni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 20. Observação: a variação acerca da grafia do nome de Pachukanis deve-se à divergência na tradução do seu nome.

<sup>33</sup> NAVES, Márcio, *op. cit.* p. 40-41.

<sup>34</sup> Idem, *Ibidem*. p. 47.

<sup>35</sup> Idem, *Ibidem*. p. 42.

dos conceitos jurídicos fundamentais não nos oferece apenas a forma jurídica em seu pleno desenvolvimento e em todas as suas articulações, mas reflete igualmente o processo real da evolução histórica”<sup>36</sup>.

Aponta Naves, a tese pachukaniana da forma jurídica constituída quando da dominância do princípio da equivalência. Ainda, segundo ele, “Pachukanis mostra que o direito é uma forma que reproduz a equivalência (...)”<sup>37</sup> e que “a mercadoria é a forma social que necessariamente deve tomar o produto quando realizado por trabalhos privados independentes entre si, e só por meio da troca realizam o seu caráter social”<sup>38</sup>. Dessa forma, ainda acompanhando a leitura do professor Márcio Bilharinho Naves, “o processo de troca, (...), demanda, para que se efetive um circuito de trocas mercantis, um equivalente geral, um padrão que permita ‘medir’ o *quantum* de trabalho abstrato que está contido na mercadoria”<sup>39</sup>. Assim sendo, o fenômeno do direito, necessariamente, é ligado à “existência de uma sociedade, que exige a mediação de um equivalente geral, para que os diversos trabalhos privados independentes se tornem trabalho social”<sup>40</sup>.

Dessa forma, chegamos a um dos pontos mais críticos em Pachukanis. Aqui, podemos compreender melhor o esforço pachukaniano em fixar a tese da especificidade burguesa do direito. E alerta Márcio Bilharinho Naves que este é um dos aspectos mais suscetíveis da obra pachukaniana de interpretação unilateral<sup>41</sup>. Pachukanis não “interdita a compreensão da forma jurídica nas formações sociais pré-burguesas”<sup>42</sup>. Todavia, é no capitalismo que se verifica de forma mais contundente a mercantilização dos produtos do trabalho, “em virtude não só de que praticamente todos os produtos são mercadorias, mas também, em virtude de que a própria força de trabalho se constitui mercadoria”<sup>43</sup>.

E o que fez Pachukanis ser um crítico dos desdobramentos do processo revolucionário russo? O que fez Pachukanis ser atacado e obrigado a renunciar, coercitivamente, a fim de se encaixar nas prerrogativas ideológicas do stalinismo ainda incipiente, mas já contundente? O que se verificou na União Soviética, pelos anos 30, fora a reprodução do capitalismo, ainda que bastante diferenciado do modelo tradicional, numa forma bastante específica, denominada, de uma forma comumente aceita, por capitalismo de Estado sob a égide do stalinismo.

Fernando Haddad aponta que o sistema soviético pode, também, ser interpretado de forma diversa da questão do capitalismo de Estado. Assim, elenca o referido autor

---

<sup>36</sup> PASUKANIS, Evgeni B., op. cit.. p. 23.

<sup>37</sup> Idem, Ibidem. p. 57.

<sup>38</sup> Idem, Ibidem. p. 57.

<sup>39</sup> Idem, Ibidem. p. 57-58.

<sup>40</sup> Idem, Ibidem. p. 58.

<sup>41</sup> Idem, Ibidem. p. 62.

<sup>42</sup> Idem, Ibidem. p. 62.

<sup>43</sup> NAVES, Márcio Bilharinho, op. cit.. p. 62.

duas grandes perspectivas interpretativas, tendo como referência a questão da manutenção ou abolição de uma sociedade de classes. Pela primeira, o sistema soviético implicou na abolição das classes sociais<sup>44</sup>. Segundo Haddad, entre tantos outros, fora esta a concepção de Josef Stálin, sobre a qual apontaremos alguns traços relevantes. Pela segunda perspectiva, mais crítica e com a qual melhor assentimos, manteve-se na antiga União Soviética uma sociedade de classes. São várias as correntes doutrinárias que procuram tratar desta perspectiva, conforme nos traz Fernando Haddad<sup>45</sup>, todavia, entendemos ser a mais adequada aquela, expressa por Charles Bettelheim, sobre a qual igualmente iremos traçar alguns aspectos.

Ainda que não se pretenda, de modo algum, encerrar o assunto nestas páginas, são cabíveis algumas considerações sobre o stalinismo. Charles Bettelheim e Bernard Chavance expõem que “o stalinismo é uma formação ideológica, produto de uma transformação da formação ideológica bolchevique, que leva à negação do conteúdo revolucionário do marxismo”<sup>46</sup>.

Mas como teria se dado a gênese da mencionada formação ideológica? O stalinismo surgiu de uma autêntica luta de classes, iniciada no final dos anos 20 e começo dos 30 e consolidada a partir da década de 50, século XX, por meio de uma série de transformações ideológicas bolcheviques. Tais transformações fizeram da burguesia de Estado uma classe em si e exploradora da classe operária<sup>47</sup>.

Assim, no que tange à revolução, a mesma passa a ser encarada enquanto uma “revolução pelo alto”. A mesma decorre da ação burocrática e “seu surgimento corresponde à contra-revolução política, ao desencadeamento da acumulação primitiva do capital por meio da expropriação em massa dos camponeses e da industrialização acelerada: ela é o reflexo do processo complexo, mas muito real, da constituição da burguesia de Estado em classe para si”<sup>48</sup>. Na mesma medida, dá a expropriação das massas camponesas, a qual se dá por meio de uma “pseudo-coletivização”, por meio da coerção e da repressão do Estado intervindo contra as massas trabalhadoras<sup>49</sup>.

Charles Bettelheim e Bernard Chavance demonstram, no texto mencionado, que as relações de classe, então consolidadas, caracterizam-se pela “ruptura da aliança operária e camponesa (isto é, pela destruição de uma das condições essenciais que permitem à classe operária jogar um papel dirigente e de progredir em direção ao

---

<sup>44</sup> HADDAD, Fernando. *O sistema soviético: relato de uma polêmica*. São Paulo: Scritta Editorial, 1992. p. 14.

<sup>45</sup> Idem, *Ibidem*. p. 14.

<sup>46</sup> BETTELHEIM, Charles; CHAVANCE, Bernard. O stalinismo como ideologia do capitalismo de Estado. Tradução Márcio Naves. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). *Análise marxista e sociedade de transição*. São Paulo: Unicamp, 2005. p. 75-76.

<sup>47</sup> Idem, *Ibidem*. p. 76.

<sup>48</sup> Idem, *Ibidem*. p. 79.

<sup>49</sup> Idem, *Ibidem*. p. 80.

socialismo), e pelo estabelecimento do poder político da burguesia de Estado”<sup>50</sup>. O rompimento implica, dessa forma, na destruição do poder político da classe operária e do campesinato, propiciando as condições para um processo capitalista de desenvolvimento das forças produtivas, que conduz à reprodução alargada da burguesia de Estado e do capitalismo de Estado<sup>51</sup>.

Instala-se uma forma muito específica de capitalismo - no qual a acumulação se dá por conta da centralização estatal da mais valia e dos produtos do sobretrabalho. Tal centralização sobrepesa largamente o fetichismo do Estado, o qual parece ser dotado de um “poder sobrenatural”<sup>52</sup>. Combinado com outras formas de fetichismo - fetichismo da mercadoria, da moeda e do crédito - o fetichismo do Estado é de extrema importância para o entendimento da ideologia staliniana. Decorre então, uma concentração extrema do poder estatal na classe burocrática. Dessa forma, “por causa dessa concentração, a fração hegemônica da burguesia de Estado é constituída por aqueles que se encontram no cume dos aparelhos do partido e do Estado, e que controlam a utilização dos meios de produção e da mais-valia”<sup>53</sup>.

Contraditoriamente ao fetichismo de Estado, existe uma identificação entre reforço do Estado e reforço do socialismo, fazendo entender o gradual desaparecimento do Estado. Trata-se, rigorosamente, da “dissimulação entre contradições sociais por meio da apologia direta do aparelho da ditadura”<sup>54</sup>. E mais, Charles Bettelheim e Bernard Chavance argumentam que,

o dogma do ‘desaparecimento através do reforço’ é, aliás, revelador dos dois aspectos da formação ideológica staliniana, que tendem em geral a se combinar de modo desigual: aquele em que tende, sobretudo, a negar ou a mascarar a realidade existente e sua natureza contraditória, e aquele em que, ao contrário, tem como função principal, justificar essa realidade tal como ela é<sup>55</sup>.

No stalinismo, nega-se cegamente a existência de classes. Assim, a luta de classes não existiria e o Estado dela não teria origem. O Estado, então, passaria a uma espécie de “mediador” entre indivíduos considerados abstratamente como “iguais”, como “cidadãos”<sup>56</sup>. Charles Bettelheim e Bernard Chavance arrematam: “nessas condições, os efeitos das contradições econômicas e sociais reais tendem a ser relacionadas cada vez menos com as lutas de classes. No entanto, estas não deixam de se desenvolver, a despeito de todas as negações,

---

<sup>50</sup> BETTELHEIM, Charles; CHAVANCE, Bernard, op. cit., p. 80.

<sup>51</sup> Idem, Ibidem. p. 80.

<sup>52</sup> Idem, Ibidem. p. 80.

<sup>53</sup> Idem, Ibidem. p. 81.

<sup>54</sup> Idem, Ibidem. p. 83.

<sup>55</sup> Idem, Ibidem. p. 84.

<sup>56</sup> Idem, Ibidem. p. 88.



e de todas as declarações sobre o surgimento de uma sociedade de trabalhadores ‘cooperando’ fraternalmente”<sup>57</sup>.

A ideologia stalinista procura, todavia, amenizar, ainda que apenas num aspecto formal, o esgotamento das posições políticas proletárias por meio de certo discurso “obreirista”. Esse “obreirismo” idealiza as “qualidades”, supostamente, inerentes ao operário enquanto indivíduo<sup>58</sup>. É o que explicam Charles Bettelheim e Bernard Chavance, pois

nos anos 30, a exaltação abstrata de algumas ‘qualidades’ reais ou supostas dos operários da indústria funciona como uma compensação imaginária à deterioração objetiva da situação da classe operária, à queda do seu nível de vida e ao aumento da autoridade que a direção das empresas e os quadros exercem sobre os trabalhadores, pois as qualidades reconhecidas nos operários são a disciplina e o espírito de sacrifício; a partir de então, aqueles que - segundo o critério dos funcionários do partido e dos quadros - não demonstram possuir em grau suficiente dessas ‘qualidades’, podem ser denunciados como não sendo ‘verdadeiros operários’, mas elementos ‘estranhos’ ou mesmo ‘hostis’ à classe operária, em razão, por exemplo, de sua ‘origem de classe’ (especialmente se ela é camponesa)<sup>59</sup>.

O “obreirismo” resulta da luta de classes e de uma diminuição da combatividade operária, por meio da exaltação unilateral do espírito de disciplina e de sacrifício dos operários<sup>60</sup>.

Ocorre, ainda, um conflito entre novos quadros politicamente incultos e os antigos quadros científicos e técnicos, cunhado de “antiintelectualismo” stalinista. Os antigos quadros - compostos por intelectuais - passam a ser acusados de afastamento da classe operária. Assim, Charles Bettelheim e Bernard Chavance concluem que

esse ‘antiintelectualismo’ é reforçado pelas práticas da direção do partido que - executando uma política voluntarista - passa a se apoiar em quadros de origem operária, supostamente, possuindo as qualidades de ‘verdadeiros operários’, notadamente, o ‘espírito de disciplina’, inexistentes nos antigos ‘intelectuais’. Admite-se, mais ou menos, que essas ‘qualidades’ devam ser geralmente inerentes aos que as possuem, mesmo quando eles deixaram há anos de ser operários. O ‘antiintelectualismo’ desenvolve-se principalmente no começo dos anos 30 e, então, passa a servir de instrumento de unificação da fração dominante da burguesia de Estado, que é, em parte, de origem operária<sup>61</sup>.

Por sua vez, o “anti-igualitarismo” vem a se compor, contraditoriamente, com a concepção fundamental da homogeneização social. A acentuação da desigualdade dos salários operários

<sup>57</sup> BETTELHEIM, Charles; CHAVANCE, Bernard, op. cit., p. 88.

<sup>58</sup> Idem, Ibidem. p. 89.

<sup>59</sup> Idem, Ibidem. p. 89.

<sup>60</sup> Idem, Ibidem. p. 89.

<sup>61</sup> Idem, Ibidem. p. 91.

constitui uma reação ao descontentamento da classe operária, na medida em que a referida diferenciação tende a dividir a classe operária e a reduzir, assim, a sua capacidade de exprimir o seu descontentamento. Conforme Charles Bettelheim e Bernard Chavance

(...), a ideologia anti-igualitarista acompanha, sobretudo, o crescimento das desigualdades de renda e dos privilégios de que se beneficia, cada vez mais, a burguesia de Estado: salários elevados, gratificações, pagamentos ‘por fora’, lojas especiais reservadas aos quadros de um certo nível, apartamentos espaçosos construídos para eles, enquanto os operários amontoam-se em barracões ou em cômodos únicos compartilhados por muitas famílias<sup>62</sup>.

Outro instrumento típico do stalinismo é o mito da unidade do partido. Tal decorre da proclamação do caráter homogêneo da sociedade soviética e o domínio, no seu seio, da unidade sobre a contradição<sup>63</sup>. As divergências e oposições ou são cessadas ou só são aceitas aquelas que substancialmente são irrelevantes. Nas palavras de Charles Bettelheim e Bernard Chavance,

o partido deixa então inteiramente de ser uma organização revolucionária a serviço dos trabalhadores, cuja unidade é assegurada pela existência de uma linha e de uma prática revolucionária, e pela adesão a uma concepção científica e a uma ideologia, cujo desenvolvimento implica, necessariamente, o desenvolvimento de suas próprias contradições. O partido torna-se cada vez mais um aparelho de Estado privilegiado. A unidade relativa desse aparelho repousa sobre a solidariedade dos que gozam de privilégios semelhantes (independentemente deles variarem segundo o nível que cada um ocupa na hierarquia), e pela submissão de todos a uma direção, que só pode se manter exigindo que todos manifestem a lealdade e a ‘disciplina’ mais absoluta ao seu chefe (‘void’). Essa ‘disciplina’ deve ser aceita em troca de privilégios crescentes, mas que continuam sendo, sempre, revogáveis por simples decisão do chefe e dos aparelhos de controle postos - em princípio - sob sua direção<sup>64</sup>.

O primado da unidade sobre a contradição, já referido no parágrafo anterior, faz com que a teoria e a prática deixem de ser revolucionárias para se tornarem uma ideologia conservadora e apologética, que privilegia a identidade e não a contradição, e ressalta mais a repetição do que a mudança<sup>65</sup>. Assim, o

evolucionismo” surge enquanto “sistematização das etapas e das leis do desenvolvimento histórico<sup>66</sup>. Na prática imediata, essa sistematização apresenta o partido e o Estado como simples instrumentos das “exigências históricas”. Esses “instrumentos” são considerados como os únicos capazes de jogar um papel decisivo, em virtude do conhecimento que têm das leis do desenvolvimento histórico<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> BETTELHEIM, Charles; CHAVANCE, Bernard, op. cit., p. 83.

<sup>63</sup> Idem, Ibidem. p. 93.

<sup>64</sup> Idem, Ibidem. p. 94.

<sup>65</sup> Idem, Ibidem. p. 94.

<sup>66</sup> Idem, Ibidem. p. 95.

<sup>67</sup> Idem, Ibidem. p. 95.

Assim, é possível associar a crítica pachukaniana da legalidade com a questão do capitalismo de Estado. Extremamente crítico à manutenção da legalidade no socialismo. Pachukanis entendia ser a própria forma jurídica, em si mesma, conservadora. O direito, assim, seria intrinsecamente um instrumento de dominação da classe burguesa, não por conta apenas do seu conteúdo, mas também, por conta de sua forma. Pachukanis, em seus argumentos, apresentou, em algumas ocasiões, menção à questão do capitalismo de Estado. O presente artigo, assim, procurou traçar algumas considerações sobre o tema, focando, em especial, o modelo soviético.

As críticas ao modelo soviético são vastas e, de uma forma geral, concentram-se em dois aspectos. Um primeiro aspecto, econômico, decorre das características do modelo soviético: estatização dos meios de produção e planificação econômica. Referidas características, contudo, não foram o bastante para a completa superação do capitalismo. Um segundo aspecto, político-ideológico, decorre do stalinismo enquanto ideologia do capitalismo de Estado. Nele, as relações de dominação permanecem por conta da alienação da classe operária junto aos órgãos de decisão.

O que se pode pensar a respeito de ambas iniciativas versa sobre os rumos deturpados seguidos pelo movimento revolucionário iniciado em 1917. A luta dos trabalhadores, bem como seu fortalecimento político-ideológico, acabou atrelada ao resultado de medidas jurídico-burocráticas, comprometendo definitivamente a emancipação operária.

Seguramente, há diversos outros aspectos imprescindíveis a serem tratados a respeito do pensamento de Pachukanis. Todavia, não o fizemos por dois motivos: primeiro, por não ser objeto central deste trabalho. Segundo, pois o trabalho do professor Márcio Bilharinho Naves esgota o assunto, o que exige gigantescos esforços de outros que queiram analisar Pachukanis sem incidir na mediocridade. De toda forma, para fins de análise crítica da teoria do direito e da legalidade socialista em Della Volpe, diremos já ser o suficiente, ainda que continuemos a tomar licença pelo uso das palavras do professor e filósofo brasileiro.

Qual leitura pachukaniana, e, portanto, crítica, podemos lançar sobre Della Volpe? Pachukanis, diferentemente da postura reinante entre demais juristas marxistas, esforçou-se no sentido de criticar não apenas o conteúdo do direito burguês, mas também sua forma. Assim, havendo um vínculo indissolúvel entre forma jurídica e forma da mercadoria, Pachukanis procurou demonstrar que o próprio direito, em sua forma, possui uma natureza burguesa. Daí, conseqüentemente, ser inaproveitável, numa sociedade socialista, as estruturas teóricas e institucionais do direito, por conta das especificidades liberais e burguesas deste último. Dessa forma, Pachukanis passa a atacar toda e qualquer possibilidade de existência de um “socialismo jurídico”, defendendo a hipótese de extinção da forma jurídica. Assim o é por conta da formação de uma forma bastante específica de capitalismo na

União Soviética - o capitalismo de Estado - o que passou a exigir justamente o incremento das relações jurídicas.

Assim, pachukanianamente falando, Galvano Della Volpe talvez não tenha percebido este vínculo umbilical entre direito e capitalismo. Talvez Della Volpe não tenha pensado o direito a partir de uma leitura de Pachukanis (“É muito claro que a lógica dos conceitos jurídicos corresponde à lógica das relações sociais de uma sociedade de produção mercantil”<sup>68</sup>). Ainda que se referisse a uma “legalidade socialista” totalmente diferenciada da “legalidade burguesa”, mesmo assim, Galvano Della Volpe acolhe a possibilidade de continuidade das estruturas jurídicas (e estatais) burguesas no socialismo.

Entretanto, aqui cabem algumas indagações bastante pertinentes. Não teria mesmo percebido, o filósofo italiano, o relacionamento intrínseco e íntimo entre direito e capitalismo? Certamente, a melhor análise a ser feita pode levar a entender que não. Ou seja, perspicaz como fora, Della Volpe, teria, sim, plenas condições de perceber a inviabilidade de uma “legalidade socialista”. Galvano Della Volpe não fora um pensador ingênuo. Mas também não agira de má-fé<sup>69</sup>. O que se deu para Galvano Della Volpe acolher o direito e o Estado, mesmo no socialismo?

Certamente, não podemos correr o risco de especulações ou julgamentos em torno das convicções intelectuais alheias. O que se pode é destacar alguns eventos da biografia do filósofo italiano, assim como, alguns elementos do contexto histórico em que vivera. Com o seu período de assimilação e amadurecimento marxista, no auge de sua carreira e reconhecimento, Della Volpe ingressara e fora muito bem acolhido no Partido Comunista Italiano (PCI).

Segundo Walquíria Leão, em “A liberdade como tema: um debate italiano”, ao se referir a um debate entre Norberto Bobbio e intelectuais do PCI - Della Volpe, inclusive - tratou-se do “maior partido de massas do Ocidente, até a muito pouco tempo. Não há novidade alguma em dizer que este partido sempre se apresentou no cenário mundial ostentando diferenças marcantes, organizativas e políticas, em relação ao padrão comum imperante nos demais partidos comunistas da Europa Ocidental”<sup>70</sup>. E intelectuais do partido, tais como Palmiro Togliati e o nosso Galvano Della Volpe defendiam-se, fervorosamente, da “crítica à ausência do Estado de direito democrático na União Soviética e à crença dos comunistas, de que a verdadeira democracia estava se realizando ali”<sup>71</sup>.

Assinala, ainda, Walquíria Leão, citando Paolo Spriano, o comprometimento do PCI com o liberalismo, em especial, no que se refere à reorganização do Estado

<sup>68</sup> PASUKANIS, Evgeni B, op. cit., p. 66.

<sup>69</sup> Como já procuramos assinalar ao longo do texto.

<sup>70</sup> REGO, Walquíria D. Leão. A liberdade como tema: um debate italiano. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 17, n. 48, 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092002000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092002000100005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 3 dez. 2006.

<sup>71</sup> Idem, *Ibidem*.

italiano no período posterior à Segunda Guerra, justamente no que se refere à institucionalização do processo democrático pela via eleitoral. Segundo a autora

Paolo Spriano, na sua monumental História do Partido Comunista Italiano, registra que o compromisso liberal dos comunistas, como partido, se refez depois da guerra, durante a fundação da primeira república, cujo momento emblemático foi o encontro entre Togliatti e Croce. Tratou-se de um encontro ao mesmo tempo pessoal e político, porque realizado em meio à tempestade própria dos grandes momentos da história. Em suma, estavam discutindo os modos de edificação do novo ordenamento estatal, daí a importância de se estabelecer claramente os procedimentos legais para o funcionamento democrático das instituições<sup>72</sup>.

Assim, a proximidade entre o PCI e o Partido Comunista da União Soviética (PCUS) significou, para o primeiro, uma contradição extremamente embaraçosa. Nestes tempos difíceis, o PCI voltara-se, justamente, para a solução dos problemas sócio-políticos italianos, mas sob uma nova perspectiva: agindo consoante as regras (políticas e legal-eleitorais) da democracia burguesa. Novamente nos socorremos de Walquíria Leão:

Nesse sentido, as ligações do partido comunista com Moscou constituíam uma ambigüidade muito difícil de ser contornada no debate e nas disputas internas da política italiana. Defender e praticar a democracia no âmbito interno do país, e, do mesmo modo, ser aliado de um Estado despótico como o da União Soviética, representara, por vezes, certa esquizofrenia política. É importante, por isso, que se tenha em mente que aqueles foram tempos duros e extremamente polarizados no cenário internacional, e que, portanto, era muito difícil não se fundir na bruma geral que embaciava todos os olhares do espectro político. Talvez, por isso, o discurso e a prática política do PCI foram impelidos ao resgate das grandes tradições nacionais, buscando apontar os caminhos para equacionar e resolver, por vias democráticas, os antigos dilemas políticos e sociais italianos. Dessa forma, defendendo ardorosamente a Constituição republicana de 1948, os comunistas tornaram-se uma das forças políticas que mais defenderam o regime democrático<sup>73</sup>.

E assinala Walquíria Leão, que nos enfrentamentos teóricos entre liberalismo e socialismo, Galvano Della Volpe porta-se como o “típico intelectual de partido comunista sobre o regime soviético nos anos de 1950”<sup>74</sup>: na defesa da democracia socialista da União Soviética, seria por completo desnecessária a “liberal divisão dos poderes e, portanto, da ação dos contrapesos montesquianos, porque seu poder executivo origina-se diretamente do povo”<sup>75</sup>. Certamente, como

---

<sup>72</sup> REGO, Walquíria D. Leão, op. cit..

<sup>73</sup> Idem, Ibidem.

<sup>74</sup> Idem, Ibidem.

<sup>75</sup> Idem, Ibidem.

procuramos demonstrar ao longo do texto, esta justificativa dellavolpiana baseia-se na sua “liberdade igualitária”, ou seja, não só o exercício da liberdade, mas também da justiça social.

Ainda, assinala o professor Camilo Onoda Caldas, em “Perspectivas para o direito e a cidadania - o pensamento jurídico de Cerroni e o marxismo”, que Galvano Della Volpe fora, sim, um intelectual tendente às concessões políticas<sup>76</sup>.

Assim, enquanto intelectual de um partido ligado à PCUS, Della Volpe acaba assumindo uma postura diversa à de Pachukanis, afastando-se de uma interpretação marxista autêntica e crítica do direito: a impossibilidade de uma legalidade socialista, justamente, pois, o direito se identifica diretamente com o capitalismo.

De toda forma, haja vista a dificuldade de se imaginar uma sociedade de transição ao socialismo, na qual se aboliu por inteiro o fenômeno jurídico, o professor Márcio Bilharinho Naves faz uma relevante observação

(...) também discordo (de Pachukanis, MBN) sobre a avaliação do processo de extinção do direito. O camarada Pachukanis descreve esse processo como uma passagem direta do direito burguês ao não-direito. Da minha parte, eu creio que, como escreve Lênin, citando Marx, há um “Estado burguês sem burguesia” e, assim como esse Estado se constitui na ditadura proletária ou poder soviético, assim também se constitui inevitavelmente um direito soviético temporário do período de transição<sup>77</sup>.

Referida observação, ao contrário do que possa fazer crer qualquer intérprete mais afoito, não anula o pensamento de Pachukanis. Pelo contrário: reafirma sua tese central - a extinção do direito no processo de transição socialista. Talvez Pachukanis, no ardor do clima revolucionário, tenha imaginado, por alguns instantes, a abolição imediata das estruturas jurídicas, ainda que eventualmente tivesse condições de saber que as relações mercantis (o que vincula a manutenção da forma jurídica) não seriam imediatamente superadas nos primeiros momentos, logo após Revolução de 1917. Mas mesmo essa nossa hipótese, passível de erros e revisões, do “ardor revolucionário” pachukaniano, não invalida as teses do jurista russo, pois fora ele, de toda forma e constantemente (desconsiderando-se suas correções sob coação do stalinismo, nas últimas etapas de sua vida), bastante leal à metodologia marxiana. E as palavras de Márcio Bilharinho Naves (referentes à existência de um “direito soviético temporário”, citando Marx e Lênin), por sua vez, também não reabilitam o pensamento jurídico dellavolpiano. A postura de Della Volpe, no sentido de

<sup>76</sup> CALDAS, Camilo Onoda. *Perspectivas para o direito e a cidadania: o pensamento jurídico de Cerroni e o marxismo*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2006.

<sup>77</sup> NAVES, Márcio Bilharinho, op. cit., p. 97 e 98.

defesa teórico-ideológico de um partido contraditório, como o PCI - com um discurso de defesa da democracia simultâneo ao apoio ideológico do PCUS - faz entender que entre os ditames oficiais do PCI e a tese de um jurista russo perseguido e criticado pelo regime soviético, é bastante provável Della Volpe ficasse com o primeiro. E, por fim, Della Volpe faz uma única referência a Pachukanis, referência essa que, ao menos naquilo que cabe ao nosso entendimento do pensamento pachukaniano (entendimento esse, ainda, parcial e passível de melhor refinamento com os anos vindouros de meditação sobre seus escritos) faz crer que Della Volpe não tomou ciência adequada da amplitude do pensamento de Pachukanis.

## Conclusão

O presente trabalho procurou apresentar traços do pensamento de Galvano Della Volpe, com especial atenção para a sua crítica da legalidade.

Trata-se de um pensador que oferece uma série de desafios. Seu vasto conhecimento da história da filosofia, assim como sua franca disponibilidade ao debate, fizeram dele um fecundo filósofo em diversas áreas do conhecimento.

A importância de Della Volpe decorre de seu discurso de intransigência com o ecletismo metodológico, ainda que ele próprio, aparentemente, tenha sido vitimado por tal. Não se pode negar que o filósofo aderiu a algumas teses liberais e as razões para tanto foram apresentadas, em especial, mas sem se excluir outras, quando tratamos da questão da legalidade e a necessidade de um diálogo com Evgeni Pachukanis.

Assim, Galvano Della Volpe pode ser alvo de todo tipo de crítica. Todavia, a crítica mais aguda relaciona-se às concessões dellavolpianas a teses liberais, as quais acabaram por comprometer seu projeto inicial de uma leitura estritamente marxiana, sem práticas metodológicas ecléticas. No que tange, especialmente, à crítica da legalidade, assunto de nosso maior interesse, talvez tenha faltado a Della Volpe a devida oportunidade de leitura atenta da obra de Pachukanis. É certo que se pode alegar que Della Volpe fora filósofo e professor, não necessariamente um jurista e, assim, não estaria obrigado a conhecer o pensamento de Pachukanis. Entretanto, Pachukanis, em sua crítica do direito, nada mais fez do que proceder à leitura jurídica do próprio Marx, na qual o direito está condenado à extinção, por conta de sua natureza estritamente capitalista. Assim, além de faltar a Della Volpe um estudo completo dos juristas (em especial os soviéticos), o filósofo italiano acabou se afastando dos termos próprios a Marx, quanto a questão do direito.

No que se refere à União Soviética, entendemos que na URSS, ainda que tenha vivido momentos de natureza autenticamente revolucionária socialista, em certo momento de sua história, notadamente após o falecimento de Lênin e a ascensão

de Stálin, os rumos da transição socialista sofreram abalos insanáveis, desembocando numa nova modalidade de capitalismo, o capitalismo de Estado, o qual procuramos esboçar em algumas notas. Galvano Della Volpe acaba atribuindo ao sistema soviético, o exemplo autêntico de transição socialista, contra o qual nos opomos, apresentando (ainda que de forma um tanto quanto sumária) nossa tese de capitalismo de Estado soviético.

As razões para Galvano Della Volpe não ter percebido tal, pode decorrer de um aspecto biográfico seu. Verificando os anos de sua produção intelectual, o filósofo tivera um curto período, se comparado à totalidade da sua carreira acadêmica (da década de 20 ao final da década de 60) de produção marxista amadurecida (de 1950 a 1968). Certamente, apenas isto não explica, suficientemente, a questão, mas auxilia no entendimento das referidas peculiaridades teóricas. Cabe lembrar, que Della Volpe fora militante do Partido Comunista Italiano, o PCI, partido um tanto quanto contraditório, conforme procuramos expor no texto: por um lado, alinhado ao Partido Comunista da União Soviética e, por outro lado, no projeto de edificação nacional italiana, comprometido com a legalidade liberal (em especial no que se refere ao processo eleitoral).

Todavia, enquanto medida de justiça, não podem ser negadas as contribuições de Della Volpe. Seja pela sua original crítica ao idealismo - e o total afastamento de qualquer influência hegeliana em Marx, numa medida de afirmação teórica do marxismo - seja pela nova composição do materialismo histórico, com substituição da tradicional sucessão Hegel-Feuerbach-Marx, por Aristóteles-Galileu-Marx, cuja disposição não deixa de despertar curiosidade, Galvano Della Volpe fincou indelevelmente seu sinal de distinção intelectual. E, ainda que tenhamos apresentado algumas críticas a suas concepções democráticas, políticas e jurídicas, não se pode afastar a razoável leitura dellavolpiana de Rousseau. Ainda que considerado um pensador liberal e burguês, envolvido nos ares do Iluminismo, fora Rousseau um dos pensadores basilares para a elaboração da crítica “socialista científico” (a expressão dellavolpiana envolve Marx, Engels e Lênin) aos conceitos de “liberdade” e “igualdade” burgueses.

\*



## Bibliografia

- ANDERSON, Perry. *Considerações sobre o marxismo ocidental*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- BETTELHEIM, Charles; CHAVANCE, Bernard. O stalinismo como ideologia do capitalismo de Estado. Tradução Márcio Naves. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). *Análise marxista e sociedade de transição*. São Paulo: Unicamp, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Nem com Marx, nem contra Marx*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2004.
- CALDAS, Camilo Onoda. *Perspectivas para o direito e a cidadania: o pensamento jurídico de Cerroni e o marxismo*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2006.
- CONCEIÇÃO, Gisela da. *Ler Althusser, leitor de Marx*. Lisboa: Editorial Caminho, 1989.
- DELLA VOLPE, Galvano. *Rousseau e Marx: a liberdade igualitária*. 4. ed. Lisboa: Edições 70, sd.
- FERNANDES, Florestan. *Galvano Della Volpe*. PEREIRA, Wilcon Jóia. (Coord). São Paulo: Ática, 1979. (Série Grandes Cientistas Sociais, v. 14).
- MONDOLFO, Rodolfo. *Umanismo di Marx: studi filosofic 1908-1966*. Introdução de Norberto Bobbio. Torino: Einaud, 1968.
- NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Bontempo Editorial, 2000.
- NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). *Análise marxista e sociedade de transição*. São Paulo: Unicamp, 2005.
- PASUKANIS, Evgeni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.
- REGO, Walquiria D Leão. A liberdade como tema: um debate italiano. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 17, n. 48, 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092002000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092002000100005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 3 dez. 2006.



# Direito e (é) ideologia em Bernard Edelman

**ALESSANDRA DEVULSKY DA SILVA TISESCU**

*Mestre em Direito Político e Econômico – Universidade Presbiteriana Mackenzie.*

*Especialista em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável – Fundação Escola Superior do Ministério Público – Universidade de Cuiabá.*

*Professora do Curso de Direito da Universidade Nove de Julho.*

**Resumo:** O presente artigo ensaia demonstrar algumas ligações possíveis entre o pensamento do jusfilósofo Bernard Edelman e do filósofo Louis Althusser. No que tange, em especial, à ideologia e a perspectiva dada no pensamento de ambos ao direito, investigam-se as possibilidades reais de emancipação e revolução compreendidas nos limites do campo jurídico e da ordem.

**Palavras-chave:** Direito; Marxismo; Bernard Edelman; Louis Althusser; Sujeito de Direito.

**Abstract:** The present article tries to demonstrate some possible links between jus philosopher Bernard Edelman's thought and the philosopher Louis Althusser's. Concerning the ideology and the perspective given to Law in both thoughts, freeing and revolution real possibilities are observed inside the order and the juridical limits.

**Key-words:** Law; Marxism; Bernard Edelman; Louis Althusser; Right-Holder.

## Conexões entre o pensamento de Althusser e Edelman

Bernard Edelman é um jusfilósofo francês que nas décadas de 1960 e 1970 adotou posições marxistas na compreensão do direito. Hodiernamente, o autor verteu seus estudos ao campo do direito autoral, da propriedade autoral e artística, estudos esses que não fazem parte do recorte epistemológico dado ao presente trabalho. O presente artigo ensaia algumas ponderações acerca de duas obras específicas – *Le droit saisi par la photographie* e *La légalisation de la classe ouvrière* – nas quais se investiga a possível aplicação da teoria althusseriana na análise crítica efetuada sobre a figura do sujeito do direito, seus pontos de convergência e de afastamento do autor. Seriam justamente naquelas décadas em que Louis Althusser ainda lecionava e imprimia grande influência por meio de suas obras que Bernard Edelman teria apreendido e, é esta nossa hipótese, a filosofia althusseriana em seus trabalhos.

Louis Althusser foi um filósofo franco-argelino que consolidou sua carreira como professor de filosofia na *École Normale Supérieure* por quase 30 anos em Paris, onde realizou estudos sobre as obras de Karl Marx e das diversas interpretações que suas teorias haviam tomado em outros pensadores. Junto de Althusser, devemos destacar seus principais colaboradores, sobretudo aqueles que com ele escreveram

*Ler O Capital* – Rancière, Balibar, Establet e Macherey – que durante certo período podiam ser identificados com a filosofia althusseriana. Os resultados de suas pesquisas iam de encontro à corrente interpretativa em voga, que privilegiava os textos da juventude de Marx e, portanto, sua fase humanista.

Althusser propunha que os textos fossem lidos considerando o corte epistemológico existente no desenvolvimento das obras de Marx, irremediavelmente destacando o caráter não-científico dos textos anteriores ao ano de 1845, os quais eram produtos da ideologia idealista alemã. Ainda que o corte fosse o produto de um processo gradual de libertação, seria possível identificá-lo no conjunto das obras de Marx, onde o seu começo estaria nas *Teses sobre Feuerbach* e em *A ideologia alemã*.

A teoria do corte epistemológico é reflexo da identificação dos conceitos ideológicos inerentes ao contexto histórico-político da Alemanha que permeavam, num sentido determinante, o período da juventude de Marx. Assim, a questão do homem e, por conseguinte, do humanismo, adquirem importância não por acaso entre os anos de 1840 e 1845, pois são os resultados da subjugação da teoria marxiana aos elementos ideológicos que serviam de obstáculos epistemológicos ao desenvolvimento do materialismo histórico.

No momento em que o materialismo-histórico nasce enquanto uma nova ciência, o humanismo de Marx se enfraquece, flanco este explorado por Althusser para demonstrar que o desenvolvimento de novos conceitos como os de “modo de produção” e “relações de produção” estão intimamente ligados com o gradual, mas persistente, abandono da problemática humanista.

Deste modo, considerando que no materialismo-histórico o homem deixa de ser o sujeito do processo histórico, abandona-se a perspectiva da história como um processo de alienação na qual seu sujeito é o homem. A história passa a ser compreendida como um processo sem sujeito, elaboração que viria exposta mais consistentemente na grande obra da sua maturidade – *O Capital*.

Embora seja bastante difícil delimitar o pensamento de Althusser em fases, uma vez que sua obra tem um desenvolvimento complexo, repleta de retornos e complementações, pensamos que em *Pour Marx* (obra de 1965) acham-se os elos mais importantes entre o autor e Bernard Edelman. Mesmo que algumas mudanças de posições teóricas sejam assumidas por Althusser nas décadas posteriores, é nesta obra onde encontramos a defesa das posições que julgamos serem as mais importantes para a apresentação deste ensaio.

As repercussões dos estudos althusserianos referentes ao anti-humanismo teórico de Marx, a teoria da ideologia marxiana e, sobretudo, o conceito de “processo sem sujeito”, espriam-se para outros domínios do conhecimento, encontrando no direito um campo interessante para seu desenvolvimento.

## O humanismo enquanto ideologia

A ideologia não é algo estranho à sociedade, algo do qual uma dada formação social possa ver-se livre porque o deseja. Enquanto estrutura inerente às sociedades, ela é um sistema de representações que tem existência material, produzindo idéias, ou mesmo conceitos, que têm um fundamento prático-social, que é sua função, sua razão de existir. Outrossim, a ideologia dá prevalência a sua função prático-social sobre sua função teórica, o que poderia ser apontado como inicial distinção entre ela e a ciência.

Althusser indica que o sujeito da história, na teoria marxista da história, não é o homem, mas sim as sociedades humanas dadas. Compreendidas como totalidades, estas formações sociais comportam instâncias que se articulam (de maneira positiva ou negativa), nas quais encontramos a economia, a política e as formas ideológicas, como o direito, o humanismo, a religião etc. A ideologia estaria relacionada, intimamente, com a sociedade, organicamente compondo-a, de tal modo que: “Tudo se passa como se as sociedades humanas não pudessem subsistir sem essas *formações específicas*, esses sistemas de representações (de diversos níveis) que são as ideologias”<sup>1</sup>. É imperioso destacar que assim como a “sociedade capitalista”, a “sociedade comunista” também não pode “dispensar uma organização social da produção e as correspondentes formas ideológicas”<sup>2</sup>. Sua presença, enquanto estrutura essencial à manutenção de uma sociedade, é imprescindível, mas as formas ideológicas que a representam podem ser mudadas, de modo que figuras como a do Estado ou da religião possam ser substituídas por outras, adaptáveis a um novo modo de produção instaurado.

O conteúdo ideológico flexibiliza-se conforme mudam as necessidades sociais, mas a sua forma continua presente, numa sociedade de classes ou numa sociedade sem classes. Na última, é possível que o conteúdo ideológico se firme no intuito novo de ser “um instrumento de ação refletida sobre a história”<sup>3</sup>, na medida em que conforma os homens a uma sociedade, não mais pautada sobre classes, dota novas tarefas e novas relações, conferindo à ideologia a característica de ser “o *relais* pelo qual, o elemento no qual, a relação dos homens com as suas condições de existência é vivida em proveito de todos os homens”<sup>4</sup>.

O modo de produção contemporâneo é o capitalista e a sociedade conformada aos seus limites tem uma ideologia adotante de um conteúdo que adapta o homem a uma formação social excludente, de modo que suas representações auxiliam que a

---

<sup>1</sup> ALTHUSSER, Louis. *A favor de Marx*. Tradução Dirceu Lindoso. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1972. p. 205.

<sup>2</sup> Idem, *Ibidem*, loc. cit..

<sup>3</sup> Idem, *Ibidem*. p. 205.

<sup>4</sup> Idem, *Ibidem*. p. 209.

classe dominante permaneça exercendo sua atividade exploratória. A ação da ideologia, que não reconhece a diferença de classe, influencia a todos, inclusive, a classe dominante, que não está a salvo de ser também modelada às condições impostas pelo modo de produção.

Althusser exemplifica com o conceito de “liberdade jurídica”, esta irradiação sem limites da ideologia, que conforma tanto classe dominante, quanto dominada, a corresponderem às exigências da formação social contemporânea. A liberdade para comercializar a sua força de trabalho, que nada mais é do que a liberdade para contratar, uma vez universalizada, é indispensável dentro da sistemática político-jurídica capitalista, de modo a modelar os dois pólos da relação que contratam.

Conquanto, sua investidura é de caráter humanista-ideológico uma vez que parece consagrar um valor positivo contra a exploração do homem, quando somente judicializa o uso da sua força de trabalho em termos de previsibilidade e segurança. Se nos modos de produção calcados na escravatura, tampouco no modo de produção feudal, não houve uma ideologia humanista de liberdade jurídica, sua razão encontra-se menos na insensibilidade dos homens daquela época e mais na inexistência de uma necessidade econômica de paridade entre os sujeitos.

Deste modo, a ideologia não pode ser compreendida, conforme adverte Althusser, como elaboração consciente da classe dominante, que a cria aos moldes de suas necessidades. De fato, no modo de produção capitalista a ideologia serve aos interesses da classe dominante, mas não porque é resultado de sua manipulação – a classe dominante é um dos objetos e não sujeito em relação à ideologia. A ideologia é composta por um sistema de representações, estruturalmente impostas à maioria dos homens, seja por imagens, conceitos, instituições, ou por “objetos culturais percebidos-aceitos-suportados”, que mesmo servindo à classe dominante e submetendo a classe dominada, não são apreendidos de modo consciente por nenhum de seus receptores.

O processo de sua elaboração escapa aos homens, que restam imersos na ideologia como se estivessem na realidade, vivendo uma relação com a história que é ela própria ideológica. Para Althusser, assim como para Marx, modificar as condições econômico-sociais determinantes do conteúdo ideológico só é possível no terreno político eminentemente ideológico, de maneira que:

É nesse sentido que Marx dizia que é na ideologia (como lugar das lutas políticas) que os homens *tomam consciência* do seu lugar no mundo e na história: é no seio dessa inconsciência ideológica que os homens chegam a modificar as suas relações “vivas” com o mundo, e a adquirir essa nova forma de inconsciência específica que se chama “consciência”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> ALTHUSSER, op. cit., p. 206.

Esta inconsciência ideológica relativa, tanto à classe dominante quanto à classe dominada, torna as condições de existência reais dos homens compreendidas dentro de uma “relação de segundo grau”<sup>6</sup>. Segundo Althusser, a ideologia é o modo pelo qual os homens vivem com o seu mundo, modo este mediatizado pela sua relação real e relação imaginária estabelecida com as suas condições de existência reais. Estas relações formam uma unidade sobredeterminada que não permite aos agentes reconhecerem a natureza de cada relação, impossibilitando o uso da ideologia como instrumento consciente.

A relação real está, inevitavelmente, investida na relação imaginária: relação que exprime mais uma vontade (conservadora, conformista, reformista ou revolucionária), mesmo uma esperança ou uma nostalgia, que não descreve a realidade<sup>7</sup>.

Tomando o início da ascensão da burguesia no século XVIII como exemplo deste processo, em que o desenvolvimento da ideologia humanista, focada nos ícones da igualdade, da liberdade e da razão está em franco crescimento, tem-se a produção de uma ideologia que irradia nos dois sentidos, ou seja, que beneficia um lado e prejudica o outro. Contudo, a ideologia humanista produzida neste período é percebida de dois modos contrários, mas ambos equivocados: sob uma perspectiva liberal, como avanço no desenvolvimento dos direitos fundamentais do homem (relação imaginária com a realidade), que considera a liberdade de vender sua força de trabalho, que é uma condição de existência no capitalismo, extensível às outras instâncias humanas, o que de fato não ocorre. Por outro lado, há a perspectiva marxista-ideológica, que considera que o humanismo é instrumento consciente da burguesia que, com a política do humanismo, ensaia enganar o proletariado com a promessa de liberdade e de igualdade, quando isto é previamente engendrado para melhor explorá-los.

Essa relação imaginária com as condições de existência reais é uma necessidade na sociedade capitalista, que precisa convencer a própria classe dominante de sua posição exploratória imprescindível na mecânica do capital. Por meio das aporias da igualdade universal e liberdade para todos, a burguesia é preparada para exercer seu papel. A relação real existente, embora investida de uma relação imaginária (ideologia da liberdade), estabelece-se no direito

---

<sup>6</sup> ALTHUSSER, op. cit., p. 206.

<sup>7</sup> Idem, *Ibidem*, p. 207.

para sustentar uma das principais condições da existência da burguesia, que é a liberdade para contratar.

Da mesma maneira como um povo que explora um ao outro não poderia ser livre, uma classe *se serve* de uma ideologia lhe é, também ela, submissa. Quando se fala da função de classe de uma ideologia, é preciso, pois, compreender que a ideologia dominante é, antes de tudo, a ideologia da classe dominante, e que ela lhe serve não somente para dominar a classe explorada como *também para se constituir, ela própria, em classe dominante*, ao fazer-lhe aceitar como real e justificada a sua relação vivida com o mundo<sup>8</sup>.

A liberdade jurídica como fruto da ideologia humanista figura, deste modo, como a adaptação necessária à “perpétua transformação das condições de existência dos homens”<sup>9</sup> que é a história. Por meio desta figura, a força de trabalho finalmente ingressa como mercadoria na sociedade moderna, representada como se fosse uma venda eqüitativa de um bem. Na verdade, o humanismo esconde a falta de liberdade neste comércio, uma vez que o homem não tem outra escolha a não ser se oferecer, e que o preço a ser pago não corresponde àquilo que oferece em função dos imperativos da mais-valia na sociedade capitalista.

Deste modo, o humanismo inscreve-se no rol de conceitos não teóricos, mas ideológicos, justamente porque recorrer a um conceito ideológico é geralmente, fruto da necessidade imposta pelas condições de existência reais, e de certa insuficiência da teoria a propor soluções para os problemas postos por aquelas condições<sup>10</sup>.

## A teoria do direito de Edelman através das aplicações althusserianas

O direito manifesta-se de diversos modos na sociedade, apresentando formas de exposição de seu conteúdo que variam das mais conservadoras até aquelas que podem ser consideradas um pouco mais progressistas. Embora sejam louváveis as tentativas de preencher institutos jurídicos de conteúdos emancipatórios, concedendo direitos sociais e concebendo maneiras de exercitá-los de modo mais populares do que aqueles previstos pela burocracia jurídica (no caso do direito ao meio ambiente saudável e do instituto da ação civil pública), essa “torção” possível de alguns conteúdos não é extensível à forma do direito que aqui significa o conteúdo.

Enquanto o direito for considerado modelo e instituição legítima de regulação social, as mudanças de conteúdo estarão limitadas por sua forma e sua localização na

<sup>8</sup> ALTHUSSER, op. cit., p. 208. (Grifos do autor).

<sup>9</sup> Idem, Ibidem, loc. cit..

<sup>10</sup> “Não se constataria a tentação desse recurso ideológico se ele não fosse, à sua maneira, o índice de uma necessidade, que todavia não se pode abrigar à sombra de outras formas, bem fundadas, de necessidade. (...) Esse recurso à ideologia pode também, dentro de certos limites, ser considerado, com efeito, como o substituto de um recurso à teoria”. Idem, Ibidem. p. 212.



superestrutura social que determinam majoritariamente seu conteúdo. O direito enquanto aparelho ideológico se ergue sob o fundamento idealista de que o contrato é um puro encontro de vontades<sup>11</sup>, tornando possível a venda da mercadoria “especial” do proletário: sua força de trabalho. Essa localização do direito na superestrutura junto da indicação de seu papel organizador e mantenedor da ideologia jurídico-burguesa sugerem a utilização dos critérios althusserianos pelo autor, que chega a ser admitida.

## A propriedade como núcleo do sujeito de direito

Considerando que propriedade privada é o fundamento primeiro do modo de produção capitalista, o direito acompanha suas necessidades com a criação de uma figura capaz de juridicizar a apropriação do real e de si próprio enquanto mercadoria, na esteira da teoria althusseriana dos aparelhos ideológicos do Estado (AIE). A aporia desta figura é a constatação de que o homem se torna ao mesmo tempo objeto e sujeito, onde este surge fundamentalmente para representar a mercadoria em que se constitui, seja ela imagem, moral, sobretudo, força de trabalho.

A ambivalência desta relação, que é ora do mercador, ora da mercadoria, só é possível porque atrelada à figura do sujeito de direitos está o atributo da liberdade. Esta liberdade – falseada – é o elemento que permite a circulação dos bens advindo da personalidade do sujeito, pois o sujeito é livre de si próprio de modo a aliená-los e de lutar pelo seu ressarcimento em caso do seu uso indevido por terceiros. Na ideologia jurídica é a liberdade o fundamento da circulação da mercadoria-homem, na sua capacidade de dispor de si de acordo com sua vontade. Segundo Edelman:

La liberté se prouve par l'aliénation de soi, et l'aliénation de soi par la liberté. Je veux dire par là que l'exigence idéologique de la liberté de l'homme 'qui est lui-même placé dans la détermination de la propriété'. C'est précisément parce que la propriété apparaît dans le droit comme essence de l'homme que l'homme, objet de contrat, va prendre la forme juridique du contrat lui-même qu'il est censé produire librement. En d'autres termes, l'homme, en se patrimonialisant, en se donnant sous la forme sujet/attributs, loin de se dire esclave de sa patrimonialisation, y trouve sa véritable liberté juridique : sa *capacité*. Et je dirai mieux : l'homme n'est véritablement libre que dans son activité de vendeur : sa liberté, c'est se vendre, et se vendre réalise sa liberté<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Edelman evidencia o papel importante de Hegel no direito moderno, na maneira pela qual este assume o caráter voluntarista em detrimento da realidade: “Mais il ne cesse de nous dire aussi que le droit rend efficace ce contenu par la contrainte de l'Appareil d'Etat. Et ce qu'il nous dit de plus important encore, c'est que le rapport entre l'expression du contenu et l'efficacité du contenu est idéologique, et que c'est ce rapport lui-même qui devient puissance mystérieuse, <fondement véritable de tous les rapports de propriété réels>. Car, en fin de compte, il renvoie à la *volonté libre*, c'est-à-dire à l'illusion que la propriété privée elle-même repose sur la seule volonté privée. En droit, le <je veux> est un <je peux> ; le contrat est un acte hégélien : une pure rencontre de volontés”. EDELMAN, Bernard. *Le droit saisi par la photographie: éléments pour une théorie marxiste du droit*. Paris: François Maspero, 1973. p. 13.

<sup>12</sup> Idem, *Ibidem*. p. 67. “A liberdade prova-se pela alienação de si, e a alienação de si pela liberdade. Quero com isto dizer que a exigência ideológica da liberdade do homem se desdobra na estrutura do sujeito de direito constituído em

Enquanto ideologia, a liberdade no modo de produção capitalista é tomada no direito como livre disposição de si, ou seja, baseada no “consentimento” do sujeito na alienação de algum dos atributos de sua personalidade, como no caso de sua imagem. Desse modo, o direito atribui à atividade cinematográfica o condão de apropriação de algo porque este algo está disponível no mercado, como no caso da imagem de pessoas – desde que estejam o autorizem, ou seja, consintam com sua apropriação.

O consentimento torna-se assim a sutileza ideológica que separa o sujeito de direitos do escravo, pois o consentimento do último é apropriado pelo seu proprietário. Se por um lado o fotógrafo e o cineasta são alçados à categoria de sujeitos de direitos porque suas atividades começam a ter importância econômica – fato suficiente para que o direito interfira e regule a atividade – é importante que também os sujeitos desta realidade apropriável sejam tomados como objetos deles mesmos a fim de fundamentar a alienação geral dos bens.

Portanto, a relação entre sujeitos é dada enquanto proprietários de atributos, sejam estes força de trabalho ou imagem, cada um exercendo sua liberdade no limite da alienação da sua propriedade. O escravo tem seus atributos vendidos em bloco<sup>13</sup>, enquanto o sujeito de direitos aliena seus atributos parcialmente, mantendo um mínimo suficiente para mantê-lo capaz de se apropriar também dos atributos de outros – mesmo que potencialmente possa quase dispor de tudo. Numa direta citação da teoria do direito de Pachukanis, o autor afirma:

(...) la forme sujet réalise, en son concept, les ‘deux forme absurdes du lien social’ dont parle Pasukanis, que si présentent simultanément, ‘d’un côté comme valeur marchande, et de l’autre comme capacité de l’homme d’être sujet du droit’. Le sujet de droit réalise l’interpellation idéologique du droit, dans sa forme même de sujet de droit<sup>14</sup>.

A liberdade do sujeito de direito, segundo Edelman, não existe em outras esferas senão na da propriedade. Todos os aspectos econômico-sociais que determinam as condições de vida do sujeito não estão atrelados ao seu

---

constituído em objecto de direito, ou ainda, se desdobra na essência do homem ‘que se encontra ele próprio colocado na determinação da propriedade’. É precisamente porque a *propriedade* surge no direito como essência do homem, que o homem, objecto de contrato, vai tomar a forma jurídica desse mesmo contrato que ele é olhado como produzindo livremente. Por outras palavras o homem, patrimonializando-se, oferecendo-se sob a forma sujeito/ atributos, longe de se dizer escravo de sua patrimonialização encontra aí a sua verdadeira liberdade jurídica: a sua capacidade. E direi melhor: o homem não é verdadeiramente livre senão na sua actividade de vendedor; a sua liberdade é vender-se, vender-se realiza a sua liberdade”. EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito*. Tradução Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976. p. 97.

<sup>13</sup> Idem. *Le droit saisi par la photographie*, op. cit., p. 68.

<sup>14</sup> Idem, Ibidem. p. 69. “(...) a forma sujeito realize, no seu conceito, as ‘duas formas absurdas do vínculo social’ de que fala Pachukanis, que se apresentam simultaneamente ‘de um lado como valor mercantil e do outro como capacidade do homem, de ser sujeito de direito’. O sujeito de direito realiza a interpelação ideológica do direito, na sua própria forma de sujeito de direito”. Idem. *O direito captado pela fotografia*, op. cit., p. 99.

consentimento, ou seja, a ele só caberia suportá-los. Todavia, a sua constituição, a forma jurídica adquirida pelo homem desconsidera que a vontade na disposição de seus atributos é viciada, é determinada fora da esfera da vontade do sujeito. O sujeito não escolhe o preço pelo qual gostaria que seu trabalho fosse pago, ao contrário, o pilar do modo de produção econômico capitalista é o da não remuneração da força de trabalho, espaço este da geração da mais-valia. Portanto, o consentimento dado pelo sujeito na alienação de seus atributos é ideológico, de modo que só há liberdade para a venda da propriedade.

Este novo nicho de exploração que o direito encontra para regular, o qual Edelman denomina como “un continent nouveau”<sup>15</sup> passado pelo corte jurídico – utilizando uma linguagem bastante similar àquela adotada por Althusser quando fala dos novos continentes epistemológicos abertos por Marx – permitiu que o autor analisasse detidamente o processo pelo qual o novo objeto de direito fosse apreendido dentro da categoria pré-determinada do sujeito.

O cinema e a fotografia passam pela análise de Edelman, a fim de demonstrar a articulação entre o aparelho jurídico e a infra-estrutura em pleno funcionamento num caso concreto. Nesta articulação, o papel da categoria do sujeito de direito surge como fundamental para que o novo objeto seja incorporado ao direito, lugar onde a ideologia jurídica desloca a necessidade econômica de sua regulação para a categoria do sujeito.

Certes, si j'ai fait surgir la nécessité économique d'un tel procès, ce surgissement s'est, en quelque sorte, dissous dans les catégories juridiques. Il fallait montrer cette *dissolution*, car elle signifiait aussi le rôle du fonctionnement de l'idéologie juridique. Il fallait montrer que tout s'était 'toujours-déjà' passé, et que ce 'toujours-déjà', qui est aussi d'une certaine façon un 'aller-retour', est le 'toujours-déjà' du sujet, c'est-à-dire de la propriété privée. Une téléologie du sujet s'est ainsi dessinée, et le droit 'se' fonctionne comme la réalisation des déterminations du sujet. On reconnaît ici la thèse hégélienne des *Principes de la philosophie du droit*<sup>16</sup>.

Deste modo, o cinema e a fotografia refletem o mesmo tratamento em geral dado pelo direito aos contratantes, sobretudo nas relações de trabalho, no qual a

---

<sup>15</sup> EDELMAN, Bernard. *Le droit saisi par la photographie*, op. cit., p. 83.

<sup>16</sup> Idem, loc. cit. “Certamente, se fiz surgir a necessidade econômica de um tal processo, este aparecimento dissolveu-se, de certa maneira, nas categorias jurídicas. Era necessário mostrar esta *dissolução*, porque ela significava também o papel do funcionamento da ideologia jurídica. Era necessário mostrar que tudo se tinha ‘sempre-já’ passado, e que este ‘sempre-já’, que é também de uma certa maneira um ‘ir e voltar’, é o ‘sempre-já’ do sujeito, isto é, da propriedade privada. Uma teleologia do sujeito, assim, se desenhou, e o direito ‘se’ funciona como a realização das determinações do sujeito. Reconhece-se aqui a tese hegeliana dos *Princípios da filosofia do Direito*”. Idem. *O direito captado pela fotografia*, op. cit., p. 120.

acepção da liberdade “liberal” em que o trabalhador é tanto livre para oferecer seu trabalho quanto o é para negociar uma justa remuneração –, é a mesma para a construção das teorias do direito autoral e da imagem. Todo processo econômico é um processo de um sujeito para o direito<sup>17</sup>, de modo que o novo objeto econômico só pode ingressar na circulação geral das mercadorias, quando sujeito à apropriação pelas categorias do direito, refletindo a propriedade como algo imanente e imutável.

Ce qui est dit, c'est que l'homme a un pouvoir qui lui est donné par le concept de droit : le droit objectif. Dans ce qui est dit, i.e. ce qui est explicite, on peut déjà lire les fonctionnements de l'idéologie en tenant pour acquises les thèses d'Althusser<sup>18</sup>.

Em direito, para que essa contratação de venda e compra da força de trabalho se judicialize, ou seja, possa se livrar do cunho exploratório que todo contrato de trabalho – pois irremediavelmente uma parcela da força de trabalho não é jamais paga (pressuposto lógico da mais-valia) – cria-se a figura do sujeito de direito. Quando Edelman afirma que “la théorie marxiste du droit n'est rien d'autre que la connaissance concrète du fonctionnement du droit. La pratique doit rendre gorge”<sup>19</sup>, significa dizer que o direito se amolda constantemente à realidade de modo ideológico, mantendo-a sob os auspícios do capital, embora seu uso seja dado sempre em nome da justiça e do bem-estar social.

Assim, o conhecimento do direito não provém do conhecimento das leis, tampouco saber fazer o seu manuseio, mas identificar a que ele se presta. Restabelecer o direito com a realidade que ele nega, portanto, abrange a recusa do estabelecimento de fronteiras do direito com a realidade, o que Edelman chama de “cordon sanitaire” do direito, bem como o reconhecimento que seu declarado “a-politisme” baseado na utilização de técnicas jurídicas purificantes é a expressão da ideologia em funcionamento.

Edelman ensaia uma teoria do valor retomando em silêncio as bases da sua compreensão da questão jurídica nas esferas do cinema e da fotografia. Seguindo expressamente o método científico marxiano na perspectiva althusseriana, o autor pretende demonstrar de que modo o direito permite que determinados bens possam ingressar na esfera da circulação das mercadorias, tornando possível que as relações de produção sejam mantidas.

Uma vez que a divisão de classes não se perpetua sem a ajuda dos aparelhos ideológicos de estado, torna-se imprescindível a contínua reprodução dos valores concernentes ao modo de produção capitalista. Tais valores, os quais asseguram a

<sup>17</sup> EDELMAN, Bernard. *Le droit saisi par la photographie*, op. cit.. p. 83.

<sup>18</sup> Idem, Ibidem. p. 23. “O que se disse, é que o homem tem um poder que lhe é dado pelo conceito de direito: o direito objectivo. No que se disse, i.e., no que foi explícito, poder ler já o funcionamento da ideologia, considerando como adquiridas as teses de Althusser”. Idem. *O direito captado pela fotografia*, op. cit.. p. 34.

<sup>19</sup> Idem. *Le droit saisi par la photographie*, op. cit.. p. 15. “(...) a teoria marxista do direito nada mais é do que o conhecimento concreto do funcionamento do direito. A prática deve restituir aquilo de que se apoderou ilicitamente”. Idem. *O direito captado pela fotografia*, op. cit.. p. 22.

reprodução das relações de produção, são assegurados “pela superestrutura jurídico-política e ideológica”<sup>20</sup>.

É da, e para, a reprodução que o direito nasce. Junto dele, a sua instituição repressora maior – os tribunais, noutro lado, as casas legislativas que lhe forneceram sua base de trabalho. O conceito de reprodução é importante para a compreensão do direito num sentido fundamental: O direito existente é o direito burguês, tendo por finalidade única manter a divisão de classes num ponto de equilíbrio que não cause mudanças dos titulares das propriedades e dos meios de produção, dando vazão assim ao seu caráter reprodutivo das relações de produção. Sem maiores contornos, nem os direitos sociais, tampouco as garantias fundamentais encontradas nas leis são capazes de mudar a tônica de classe que estas tem. O direito não muda de lado, ele faz concessões para manter o fosso social necessário para que hajam lados. Para Althusser, estes lados compostos pelas classes sociais criadas estão permanentemente em conflito, donde surge a necessidade da sua resolução, em último caso, violenta, se for necessário. Althusser resume de que modo as prodigiosas operações ideológicas são engendradas nos AIEs<sup>21</sup>:

Toda ideologia representa, em sua deformação necessariamente imaginária, não as relações de produção existentes (e as outras relações delas derivadas) mas sobretudo a relação (imaginária) dos indivíduos com as relações de produção e demais relações daí derivadas. Então, é representado na ideologia não o sistema das relações reais que governam a existência dos homens, mas a relação imaginária desses indivíduos com as relações reais sob as quais eles vivem<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 9. ed. São Paulo: Graal, 2003. p. 73.

<sup>21</sup> Resumidamente compreende-se a infra-estrutura como espaço de determinação do modo de produção vigente num dado todo social, sendo hoje o modo capitalista. As relações de produção encontradas na infra-estrutura, entretanto, precisam ser reguladas, mantidas e, ulteriormente, reproduzidas. Para que a infra-estrutura se perpetue de modo coeso, regulando através da violência física os prováveis conflitos advindos de um sistema eternamente tensionado pela luta de classes, surge o “aparelho repressor de Estado”. Neste aparelho repressor de Estado, Althusser entende estarem compreendidos o governo, a administração, o exército, a polícia, os tribunais, as prisões, etc. Entretanto, o todo social não se mantém somente da ameaça do cumprimento da violência física ou do encarceramento. Ao contrário da existência única –, ou seja, que exista somente “um” aparelho repressivo de estado, uma vez que as instituições como a administração, ou os tribunais representam somente a especialização de uma atividade dentro desta “unidade” repressora –, os aparelhos ideológicos do estado existem e agem de maneiras bem distintas. De plano, estes se diferenciam pelo emprego não de violência, ainda que esta possa servir de ameaça num momento ulterior, se observado seu descumprimento no caso de um aparelho ideológico do estado (como no tolhimento da liberdade). Sua caracterização dá-se pela imposição de uma ideologia, a qual corresponderá aos interesses da classe dominante, variando de abordagem de acordo com o espaço físico e com o público que irá lidar. A dominação dos aparelhos ideológicos do estado é imprescindível para que a classe dominante mantenha sua posição duradoura, desempenhando uma função decisiva no processo de reprodução das condições de produção. Para exemplificar o modo de exteriorização institucionalizada da ideologia da classe dominante, Althusser propõe “uma lista empírica” bastante elucidativa: AIE religiosos (o sistema das diferentes Igrejas); AIE escolar (o sistema das diferentes ‘escolas’ públicas e privadas), AIE familiar; AIE jurídico; AIE sindical; AIE de informação (a imprensa, o rádio a televisão, etc...); AIE cultural (Letras, Belas Artes, esportes etc). Cf. ALTHUSSER, 2003. p. 67-68.

<sup>22</sup> Idem, *Ibidem*. p. 88.

Assim, ao mesmo tempo que a esfera da produção determina a criação de categorias jurídicas, ela é ocultada no momento da circulação quando a categoria assume sua forma no direito, ou seja, “la production apparaît et n’apparaît pas dans le Droit de la même façon qu’elle apparaît et n’apparaît pas dans la circulation”<sup>23</sup>. Para Edelman, a categoria mais importante na fixação dessas relações de produção é a do sujeito de direito. É na esfera da circulação onde as mercadorias adotam seu valor de troca, momento em que surge o sujeito de direito para regular os valores e a segurança de sua continuidade.

Car le marché n’est plus un marché d’esclaves. Au contraire, c’est le lieu où l’homme réalise sa nature trinitaire ; il s’affirme propriétaire, donc libre, donc égal à tout autre propriétaire. Et cette tripli affirmation, la sphère de la circulation l’admet bruyamment, l’organise, en la mettant en mouvement : le produit du travail appartient au travailleur (mieux même : le travail personnel est le titre de propriété original), et ce produit est universellement échangeable contre un autre produit. Plus simplement : le produit du travail devenu marchandise – c’est-à-dire de la valeur d’échange, et, plus loin encore, de l’argent – peut universellement s’échanger contre une autre marchandise<sup>24</sup>.

As formas jurídicas determinadas pela esfera da circulação refletem os conceitos de liberdade e igualdade necessários para as trocas de mercadorias porque o direito toma a esfera da circulação como uma esfera natural<sup>25</sup>, que sempre esteve lá e da qual não se pode escapar. Tomada como dado absoluto, a esfera de circulação apresenta-se sob forma ideológica, chamada por muitos de “sociedade civil”, idéia esta que Edelman empresta de Marx:

Relações jurídicas, tais como formas de Estado, não podem ser compreendidas nem a partir de si mesmas, nem a partir do assim chamado desenvolvimento geral do espírito humano, mas, pelo contrário, elas se enraízam nas relações materiais de vida, cuja totalidade foi resumida por Hegel sob o nome de ‘sociedade civil’ (bürgerliche Gesellschaft), seguindo os ingleses e franceses do século XVIII; mas que na anatomia da sociedade burguesa (bürgerliche Gesellschaft), deve ser procurada na Economia Política<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> EDELMAN, Bernard. *Le droit saisi par la photographie*, op. cit., p. 86. “A produção aparece e não aparece no Direito da mesma maneira que ela aparece e não aparece na circulação”. Idem. *O direito captado pela fotografia*, op. cit., p. 126.

<sup>24</sup> Idem. *Le droit saisi par la photographie*, op. cit., p. 88. “Com efeito o mercado já não é um Mercado de escravos. Pelo contrário é o lugar onde o homem realize a sua natureza trinitária; ele afirma-se proprietário, portanto livre, portanto igual a qualquer outro proprietário. E esta tripla afirmação, a esfera da circulação admite-a com estrépito, organiza-a, pondo-a em movimento: o produto do trabalho pertence ao trabalhador (melhor ainda: o trabalho pessoal é o título de propriedade original) e este produto é universalmente susceptível de troca por qualquer outro produto. Mas simplesmente: o produto do trabalho tornado mercadoria – isto é, valor de troca, e mais longe ainda, dinheiro – pode trocar-se universalmente por qualquer outra mercadoria”. Idem. *O direito captado pela fotografia*, op. cit., p. 129.

<sup>25</sup> Idem. *Le droit saisi par la photographie*, op. cit., p. 89.

<sup>26</sup> MARX, Karl. Para a crítica da economia política. In: FLORIDO, Janice (Coord.). *Marx*. Tradução Edgar Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores). p. 51.

O direito, portanto, lança-se como regulador dessa esfera no reconhecimento de direitos liberais os quais aparecem hábeis na fixação da exploração, da desigualdade e do individualismo, então chamados de liberdade, igualdade e fraternidade nas suas roupagens ideológicas. Aquilo que na esfera da produção é latente – exploração da mais valia – torna-se liberdade de contrato na esfera da circulação, criada pela ideologia jurídica. De fato, liberdade e igualdade não são possíveis no modo de produção econômico capitalista em função da imprescindibilidade de extração da mais valia, mas tampouco o processo do valor de troca é possível sem essas garantias. Enquanto garantias, elas asseguram somente a formalidade de sua existência irrealizável na práxis.

Entretanto, esse retardamento funciona graças à ideologia jurídica que permite aos homens uma relação imaginária com as relações de produção das quais fazem parte – de modo que “la circulation de la valeur d’échange n’est rien d’autre que la circulation de la liberté et de l’égalité, en tant que déterminations de la propriété, et toute l’idéologie bourgeoise est une idéalisation de ces déterminations”<sup>27</sup>.

A ideologia jurídica tem como base o valor de troca imposto aos sujeitos enquanto equivalentes vivos, que ideologicamente caracterizam-se como senhores, quando nas relações de produção encontram-se como produtos. Portanto, produzir uma mercadoria equivale a produzir um sujeito respectivo para representá-lo na esfera da circulação.

Respondendo a Althusser, Edelman afirma que o sujeito de direito não é só a materialização do valor de troca, mas atua como protagonista na esfera de circulação:

Je peux alors répondre à la question ouverte par Althusser: s’il est vrai que toute idéologie interpelle les individus en sujets, le contenu concret/idéologique le l’interpellation bourgeoise est le suivant: l’individu est interpellé comme incarnation des déterminations de la valeur d’échange. Et je peux ajouter que le sujet de droit constitue la forme privilégiée de cette interpellation, dans la mesure même où le Droit assure et assume l’efficacité de la circulation<sup>28</sup>.

O autor compreende tanto a ideologia burguesa geral como a ideologia jurídica num mesmo espaço – o da realização do valor de troca e das determinações imanentes à propriedade. Assim sendo, aquilo que por outros é chamada de “sociedade civil”, em verdade, trata-se da esfera da circulação, onde a troca de equivalentes

---

<sup>27</sup> EDELMAN, Bernard. *Le droit saisi par la photographie*, op. cit.. p. 92. “A circulação do valor de troca nada mais é do que a circulação da liberdade e da igualdade, enquanto determinações da propriedade, e toda a ideologia burguesa é uma idealização destas determinações”. Idem. *O direito captado pela fotografia*, op. cit.. p. 135.

<sup>28</sup> Idem. *Le droit saisi par la photographie*, op. cit.. p. 92. “Posso responder então à questão aberta por Althusser: se é verdade que toda a ideologia interpela os indivíduos como sujeitos, o conteúdo concreto/ideológico da interpelação burguesa é o seguinte: o indivíduo é interpelado como encarnação das determinações do valor de troca. E posso acrescentar que o sujeito de direito constitui a forma privilegiada desta interpelação, na exacta medida em que o Direito assegura e assume a eficácia da circulação”. Idem. *O direito captado pela fotografia*, op. cit.. p. 135.

necessariamente se pauta sobre critérios ideológicos. Para Edelman, “la notion de ‘société civile’ est à la fois fausse et vraie. Elle est vraie dans sa visée totalisatrice du procès social, elle est fausse dans la mesure où elle réduit le procès social à son apparence : la circulation”<sup>29</sup>.

Contudo, a esfera da circulação representa a superfície daquilo que ocorre na esfera da produção, razão pela qual a ideologia jurídica não encontra suas determinações neste terreno. Desse modo, não há que se falar em reivindicação de igualdade no campo jurídico-ideológico da circulação sem que haja o fim da divisão da sociedade em classes, a qual se inicia no campo das relações de produção<sup>30</sup>. Deste modo, o direito eficientemente traduz em sua esfera as categorias necessárias para o melhor andamento da circulação de mercadorias, de modo que:

Seul l'ordre juridique met, *concrètement*, l'homme à la place des classes, le 'travail' à la place de la force de travail, le salaire à la place de la plus-value; seul l'ordre juridique envisage l'exploitation de l'homme par l'homme comme le produit d'un libre contrat, comme l'exercice de la liberté; et lui seul, encore, envisage l'Etat de classe comme l'expression de la 'volonté générale'. L'humanisme, qui tromphe dans la 'culture générale', n'est rien d'autre que l'idéologie juridique détachée de sa pratique: les tribunaux vont s'y reconnaître, quitte à renouer, quand il le faudra, avec la pratique<sup>31</sup>.

Assim, para Edelman a luta pela igualdade significa lutar pela abolição das classes, sendo necessário reconhecer que o próprio direito se encontra limitado em função da esfera em que atua, pois “le droit, retourné contre lui-même, nous livre les contradictions de sa pratique, et, conjointement, les limites de sa ‘science’”<sup>32</sup>. Desvelar as noções ideológicas do direito é fazer falir sua sistemática liberal, de maneira a não permitir que ele exista, porquanto o direito só conhece essa existência.

## Considerações Finais

A análise das obras de Louis Althusser e de seus comentadores permitiu que fosse traçada uma linha geral de conexão entre sua obra e a de Bernard Edelman. De modo sucinto, defendemos que o corte epistemológico realizado por Althusser nas

---

<sup>29</sup> EDELMAN, Bernard. *Le droit saisi par la photographie*, op. cit.. p. 96.

<sup>30</sup> Idem, *Ibidem*. p. 105.

<sup>31</sup> Idem. *La légalisation de la classe ouvrière : l'entreprise*. Paris: Christian Bourgois, 1978. p. 108. “Somente a ordem jurídica coloca, concretamente, o homem no lugar das classes sociais, o ‘trabalho’ no lugar da força de trabalho, o salário no lugar da mais valia; somente a ordem jurídica considera a exploração do homem pelo homem como o produto de um contrato livre, como o exercício da liberdade; e somente ela, ainda, considera o Estado de classe como a expressão da ‘vontade geral’. O humanismo, que triunfa na ‘cultura geral’, nada mais é que a ideologia jurídica desprendida de sua prática: os tribunais vão se reconhecer, nem mesmo que para reatar, quando for necessário, com a prática”. (Tradução nossa).

<sup>32</sup> Idem. *Le droit saisi par la photographie*, op. cit.. p. 106. “(...) o direito, voltado contra ele próprio, fornece-nos as contradições da sua prática e, conjuntamente, os limites da sua ‘ciência’”. Idem. *O direito captado pela fotografia*, op. cit.. p. 153.



obras de Marx realiza uma clara divisão entre as obras ainda permeadas da ideologia idealista alemã e aquelas elaboradas posteriormente ao ano de 1845, período então marcado pela maturidade intelectual do autor e pelo desenvolvimento do materialismo histórico e dialético.

Althusser, ao rechaçar os aspectos humanistas da obra de Marx, elabora sua filosofia de modo a compreender a história enquanto instância movida pela luta de classes e, não pelo homem em sua individualidade. Disso resulta a crítica à figura do sujeito, na qual Edelman parece apoiar seus estudos. A teoria althusseriana da ideologia e as investigações sobre o caráter eminentemente burguês do sujeito são retomadas por Edelman nas duas obras estudadas – *Le droit saisi par la photographie: éléments pour une théorie marxiste du droit* e *La Légalisation de la classe ouvrière: L'entreprise* –, momento em que o autor identifica o sujeito como principal amparo da estrutura jurídica. Esta estrutura, nos moldes da teoria althusseriana, está impregnada da ideologia dominante, correspondendo nas relações de suas categorias aos determinantes originados da infra-estrutura. Assim, são as relações de produção o que determinam a forma e o conteúdo do direito no capitalismo.

Por ser a forma jurídica reflexo da forma mercadoria – sendo esta um elemento distintivo do modo de produção capitalista por força de seu desenvolvimento pleno e universal neste tempo histórico –, o direito é identificado como instância inerente às relações de produção na qual a divisão de classes é necessária. Enquanto o trabalho estiver acoplado ao mecanismo de exploração da mais valia, a forma mercadoria será necessária para a realização da circulação dos valores – instância na qual o direito se torna imprescindível.

\*

## Bibliografia

- ALTHUSSER, Louis. *A favor de Marx*. Tradução Dirceu Lindoso. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1972.
- \_\_\_\_\_. *A transformação da filosofia seguido de Marx e Lênine perante Hegel*. Tradução João Aratújo. Lisboa: Estampa, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Análise crítica da teoria marxista*. Tradução Dirceu Lindoso. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1967.
- \_\_\_\_\_. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Tradução Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 9. ed. São Paulo: Graal, 2003. (Biblioteca de ciências sociais, v. 25).
- \_\_\_\_\_. *Écrits philosophiques et politiques*. Paris: Stock/Imec, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Éléments d'auto-critique*. Paris: Hachette, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Lênin e a filosofia*. Tradução Herberto Helder e A. C. Manso Pinheiro. São Paulo: Mandacaru, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Philosophie et philosophie spontanée des savants*. Paris: François Maspero, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Posições I*. Tradução Manoel Barros da Motta et al. Rio de Janeiro: Graal, 1978.
- \_\_\_\_\_. *Posições II*. Tradução Manoel Barros da Motta et al. Rio de Janeiro: Graal, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Réponse a John Lewis*. Paris: François Maspero, 1973.
- \_\_\_\_\_. *Sobre a reprodução*. Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1999.
- ALTHUSSER, Louis; BALIBAR, Étienne; ESTABLET, Roger. *Ler o capital*. Tradução Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1980. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Lire le capital*. Paris: François Maspero, 1967. v. 1.
- ALTHUSSER, Louis; RANCIÈRE, Jacques; MACHEREY, Pierre. *Ler o capital*. Tradução Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1979. v. 2.
- \_\_\_\_\_. *Lire le capital*. Paris: François Maspero, 1967. v. 1.
- ALTHUSSER, Louis et al. *Da ideologia*. Tradução Rita Lima. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Dialética e ciências sociais*. Tradução Dirceu Lindoso. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1967.
- EDELMAN, Bernard. *La légalisation de la classe ouvrière: l'entreprise*. Paris: Christian Bourgois, 1978.
- \_\_\_\_\_. Le droit, les 'vraies' sciences et les 'fausses' sciences. In: *Archives de philosophie du droit: la philosophie du droit aujourd'hui*. Paris: Sirey, 1988. p. 36.
- \_\_\_\_\_. *Le droit saisi par la photographie: éléments pour une théorie marxiste du droit*. Paris: François Maspero, 1973.
- \_\_\_\_\_. *O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito*. Tradução Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976.
- MARX, Karl. Para a crítica da economia política. In: FLORIDO, Janice (Coord.). *Marx*. Tradução Edgar Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores).

# Excessos da modernidade: exceção e razão dualista

ANNIE DYMETMAN

*Mestre em Sociologia – Universidade de Haifa – Israel.*

*Doutora em Sociologia – Universidade de São Paulo.*

*Professora de Sociologia da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu.*

**Resumo:** Este artigo trata da *globalização das formas de dominação*. O modelo de dominação dos países desenvolvidos, que tem como matriz o moderno e democrático Estado de direito, e o modelo das ex-colônias, hoje países emergentes e países subdesenvolvidos, que têm como matriz a *ideologia do desenvolvimentismo*, através do mecanismo dialético da *inclusão pela exclusão*, intercambiam entre si suas formas de governabilidade. O Estado de exceção permanente, de um lado e, de outro, a nova classe social dos excluídos interpenetram-se, aprofundando ainda mais o processo de homogeneização do mundo globalizado, que instaura um universo em que “vale tudo”.

**Palavras-chave:** Globalização da Dominação; Estado de exceção; Exceção Permanente; Desenvolvimentismo; Inclusão pela Exclusão.

**Abstract:** This paper approaches what can be called the *globalization of domination*. The domination model of developed countries based on modern and democratic State of law is interchanged with the model of ex-colonies, today emergent and underdeveloped countries, established on *the ideology of development*. Through the dialectic mechanism of *inclusion by means of exclusion*, the State of permanent exception interchanges with the new-born social class of exclusion deepening and enhancing further the homogenization process of our globalized world, getting an “anything goes” universe.

**Key-words:** Globalization of Domination; State of exception; Permanent Exception; Developmentalism; Inclusion by Exclusion.

## Introdução

Uma maneira de pensar politicamente o mundo como totalidade, hoje, é refletir sobre a especificidade de suas polaridades – primeiro e terceiro mundos – e suas possíveis interligações.

É o objetivo deste texto mostrar como o *estado de exceção* do primeiro mundo e a *razão dualista* dos países periféricos – estas duas singularidades políticas – se intercambiam, exportadas de um mundo para o outro, numa relação ambígua e simbiótica entre hemisférios Norte e Sul que, ao mesmo tempo em que estabelece os limites entre eles, expõe sua *interporosidade*.

Embora abrangendo as duas formas de política, primeiro e terceiro mundo caracterizavam-se, cada um, mais por uma forma específica de atuação do que por outra, por conta de seus focos e metas distintos. Atualmente, entretanto, talvez se possa pensar que ambos, à guisa de astúcias do poder, têm feito cada vez mais uso e com uma maestria cada vez maior, das formas que antes não lhes eram “naturais”.

No pólo do primeiro mundo, como produto de um processo endógeno, está a política que, desde a definição kantiana, mantém no seu horizonte a autonomia e a soberania – cada nação escolhe a constituição que mais lhe aprouver –, assim como a decisão de resolver conflitos de forma pacífica, através do acordo, do compromisso e do contrato, rumo à *pax universalis*. Grosso modo, trata-se de uma forma *jurídico-política* do Estado de direito, personificado na democracia representativa e suas constituições.

Imperfeita, perversa e vulnerável, entretanto, a democracia moderna nasce com suas fendas e oxímoros expostos, tendo seus tecidos destramados por uma crítica que remonta a Georges Sorel, ainda no século XIX, e toma rumos mais definidos na década de 1920, com Carl Schmitt e Walter Benjamin. Essa tradição crítica, no entanto, foi categoricamente interrompida pelo horror da Segunda Guerra Mundial, tendo a democracia, desde então, sido erigida com a única forma de bom governo.

Passados mais de 60 anos do pós-guerra e três décadas de desencanto neoliberal, os velhos argumentos e aporias retornam à pauta das discussões enfocando, sobretudo, a questão do *estado de exceção* – esse mecanismo de proteção à democracia, presente em todas as constituições democráticas e que estabelece a suspensão do parlamento e de direitos constitucionais em situações de emergência –, agora numa dimensão mais fina, mais experiente e talvez, por isso mesmo, mais pessimista e contundente.

O *estado de exceção* reaparece tanto como conceito limite da plenitude democrática<sup>1</sup> quanto no panteão conceitual de Giorgio Agamben<sup>2</sup> – juntamente com os conceitos de *homo sacer*, *vida nua* e *muçulmano* –, como alicerces da biopolítica, que se expressa através de um mecanismo característico da modernidade, cada vez mais visível, da *inclusão pela exclusão*, em que a possibilidade de suspensão das regras do jogo é a própria condição do jogo, ou seja, em que a norma se sustenta através da exceção ou, ainda, em que o direito se aplica, desaplicando-se.

No pólo terciomundista, a *razão dualista* surge desde a colonização que, em busca de mercados consumidores e fornecedores de mão-de-obra, pretendia integrar colonizadores e colonizados em um modelo político e econômico universal. Ela aparece como uma espécie de tragédia originária e constitutiva das ex-colônias, tendo-lhes imprimido o estigma da ambivalência desde o nascimento e que, ainda hoje, condiciona o olhar do Novo Mundo sobre si mesmo, dando-lhe uma conotação de estranheza, de exterioridade e de

---

<sup>1</sup> Para a discussão do estado de exceção como ponto de fuga das distorções possíveis da democracia, ver a interlocução construída pela autora, entre Walter Benjamin e Carl Schmitt: DYMETMAN, Annie. *Uma arquitetura da indiferença: a república de Weimar*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

<sup>2</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

inautenticidade, por colocá-lo sempre no registro da avaliação, do julgamento e da comparação com o mundo do colonizador.

Dialética perversa a das ex-colônias, que têm no centro – antes a Europa, hoje os Estados Unidos – o balizador e parâmetro de seu desenvolvimento, e não seu próprio desempenho interno, tanto na ótica evolucionista que as considera irredutíveis à lógica do progresso, quanto na desenvolvimentista – na América Latina a visão cepalina, sobretudo –, que vê no atraso impedimento, deficiência, falta. Ambas as perspectivas são evolutivas, colocando o arcaico e o moderno ou a periferia e o centro num *continuum*, de forma que, apesar de dualista – dividindo o mundo em dois –, trata-se de uma razão unívoca, unidirecional e unidimensional. Trata-se de uma forma *econômico-política* cuja modernização, na maior parte das vezes, está no registro de uma *revolução conservadora* – de subdesenvolvimento permanente –, da mudança conjuntural que veda a transformação estrutural.

No premiado *Ornitórrinco*<sup>3</sup>, Francisco de Oliveira atualiza seu *Crítica à Razão Dualista*, reafirmando o atraso, a injustiça, a pobreza – a exclusão, enfim –, como a própria condição, o próprio motor do desenvolvimento possível brasileiro e menos como obstáculo a esse desenvolvimento. Ou seja, também na periferia terceiromundista, através da razão dualista, que propõe uma revolução conservadora, pode-se falar em mecanismo da *inclusão pela exclusão*.

### **A razão dualista no mundo periférico**

A razão dualista classifica, separa, discrimina. Delimita as fronteiras entre exploradores e explorados, entre amigos e inimigos, centro e periferia. Enuncia o atraso das nações do Novo Mundo e a direção para a qual elas devem evoluir. Própria da colonização, interiorizada, tornou-se conteúdo identitário e coletivo de pertencimento, que hoje se reproduz como experiência nacional nas ex-colônias. Responsável pela ambivalência entre localismo e cosmopolitismo, que ao mesmo tempo insere e separa o Brasil do “grande mundo”, a dualidade se expressa na vontade de superar a situação colonial. Paulo Arantes, em *O fio da Meada*<sup>4</sup>, mostra sua trajetória, com a conhecida fala de Paulo Emilio Salles Gomes sobre a sensação de fora de um mundo ao qual, entretanto, se pertence: “não somos europeus nem americanos do norte, mas destituídos de cultura original, nada nos é estrangeiro, pois tudo o é. A penosa construção de nós mesmos se desenvolve na dialética rarefeita entre o não ser e o ser do outro”<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Francisco. *Crítica à razão dualista: o ornitórrinco*. São Paulo: Boitempo, 2003.

<sup>4</sup> ARANTES, Paulo E. *O fio da meada*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

<sup>5</sup> Apud. ARANTES, Paulo E., op. cit., p. 9.

A sensação de país inacabado, a *dualidade estrutural*, como a denominou Florestan Fernandes, na época do pós-guerra, numa visão perigosamente harmônica, aparecia na figura de dois *Brasis* justapostos, complementares e articulados: um, colonial, e outro, burguês. Foi somente mais tarde, pelos anos 1960, que a vinculação entre trabalho escravo, monocultura de exportação e latifúndio de um lado e, de outro, capitalismo comercial entre a metrópole e a colônia, apontada por Caio Prado Jr. nos idos anos de 1940, reapareceu, ressaltando o afã pela superação do arcaico.

A resposta a este afã foi o nacional desenvolvimentismo, amplamente representado pela Comissão Econômica para a América Latina (Cepal) e pelo Instituto Superior de Estudos Brasileiros (Iseb)<sup>6</sup>, que falava do latifúndio como uma economia mista “pré-capitalista (da) porteira (para) dentro e capitalista (da) porteira (para) fora”, numa descrição bem brasileira do *Antigo Regime* colonial-escravista de Florestan Fernandes. Sob a perspectiva da divisão da economia mundial em centro e periferia, os cepalinos viam a estrutura produtiva da periferia focada, sobretudo, no setor exportador e na agricultura de subsistência; nessa linha, Celso Furtado falava do subdesenvolvimento como uma economia agrícola retardatária com rasgos tipicamente capitalistas. O marxismo oficial alinhava-se à razão dualista, interpretando o subdesenvolvimento como carência e defasagem, e reclamando a revolução burguesa que não houve.

Os proprietários rurais e os camponeses representavam, assim, o atraso e resistiam à mudança, enquanto empresários e trabalhadores, representavam o progresso. Era este um sistema ambíguo: urbanizado, diz Arantes, não perdia o “jeito rural de ser”, com suas castas e estamentos e uma moderna sociedade de classes ainda incompleta.

A *dualidade estrutural*, entretanto, não é singular aos países periféricos. Mantidas as diferenças, devido à sua unificação tardia em relação à Inglaterra e à França e à ausência ou à incompletude de uma revolução burguesa, ela aparece na Alemanha do final do século XIX e inícios do XX, por exemplo, onde conviviam uma economia liberal e autônoma e uma tradição feudal – liderada pela oligarquia *Junker* – e um estado dinástico.

A anomalia do desenvolvimento alemão, no entanto, diferentemente daquele da periferia, manifestava-se como modernização econômica, aliada a uma política reacionária e conservadora: uma “modernização malsucedida”, para Dahrendorf, uma “modernização conservadora”, para Barington Moore.

---

<sup>6</sup> Inácio Rangel, com outros intelectuais do ISEB, fez a crítica do modelo primário-exportador e da alienação cultural das elites oligárquicas ligadas à terra, propondo a industrialização através da aliança entre a burguesia industrial nascente, os tecnoburocratas estatais orientados para o desenvolvimento, os trabalhadores urbanos, todos sob a liderança da “oligarquia substituidora de importações” do Sul e do Nordeste, da qual Getúlio Vargas era membro.

Assim também, na nossa periferia, capitalismo e escravidão nem sempre foram incompatíveis, diz Arantes, referindo-se a Maria Sylvia de Carvalho Franco<sup>7</sup>, para quem a simples presença do escravo não define um modo de produção, pois os fazendeiros de café, enquanto “raça dura, industriosa, com compulsão pelo lucro e alheia ao consumo supérfluo”, produzindo para o mercado, instauraram um latifúndio que nem era uma ordem estamental nem uma sociedade de classes completa. Tratava-se, diz ela, de um sistema de *favor*, em que o fazendeiro, que também era senhor de escravos, exercia *duplo jugo*, permitindo ao agregado viver de favor, concessão que poderia ser suspensa a qualquer momento, segundo conveniência e capricho do fazendeiro, ora patriarca, ora homem de negócios. Esta experiência discricionária era vivenciada tanto pelo submetido como pelo senhor, numa espécie de relação de *inclusão pela exclusão* entre norma e infração, que além de produzir um vínculo autoritário, abria espaço para uma relação de exceção com seus dependentes. O duplo registro de *Aufklärung e Favor*, diz Arantes, aparecem como amplamente funcionais.

Esta construção de Carvalho Franco permite mais um paralelo com o caso alemão. Norbert Elias<sup>8</sup>, que constrói o *habitus*<sup>9</sup> constitutivo da própria formação do Estado nacional alemão, aponta para a violência, para crescente brutalidade, produto da devastação causada pelas guerras que antecederam a unificação nacional de 1871, o que tornou a sociedade alemã, especialmente os *Junkers* – os fazendeiros da Prússia –, numa sociedade baseada no código de honra, “tirando satisfação” pelo duelo quando, em outros países europeus, essa prática, de há muito, havia perdido sentido. Este *habitus*, síndrome cultural regulador da violência, sem dúvida, ajuda a entender o *tipo ideal* de Carvalho Franco, do *favor*.

O latifúndio escravista, pois, era um empreendimento rentável e o senhor de escravos, tal qual o *Junker* prussiano, era um capitalista que, segundo Arantes, “se queria parte do Ocidente progressista e culto, sem prejuízo de ser na prática, e com igual autenticidade, membro beneficiário do último grande sistema escravocrata do mesmo Ocidente”<sup>10</sup>.

Para Oliveira, a passagem rápida da economia primário-exportadora para a industrial-oligopólica, sem passar pelo momento propriamente competitivo do capitalismo, explica-se como uma “queima de etapas”, que lembra a famosa expressão de Lévi-Strauss sobre a caducidade precoce da arquitetura brasileira, que “passou da barbárie para a decadência, sem passar pela civilização”. Espécie de desenvolvimento desigual e combinado em que, embora a universalização do capitalismo acelere o atraso, ela depende da capacidade de

<sup>7</sup> FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 4 ed. São Paulo: UNESP, 1997.

<sup>8</sup> ELIAS, Norbert. *The germans*. Cambridge: Polity Press, 1996.

<sup>9</sup> De forma bastante simplista, pode-se dizer que o *habitus* de Elias, que em parte lembra *tipo ideal* de Weber, é uma espécie de imaginário social/nacional ou, de “subjetividade cultural/nacional”.

<sup>10</sup> ARANTES, Paulo E. *Sentimento da dialética*. São Paulo: Paz e Terra, 1992. p. 83.

assimilação econômica e cultural do país, cuja maturidade não se define pelo desenvolvimento nacional, mas por sua inserção na economia mundial.

A razão dualista, pois, revela a contradição entre o estado-nação e a internacionalização das forças produtivas, entre a lei do valor no mercado mundial e a regulamentação dentro das fronteiras nacionais. No Brasil, a superação do atraso, que deveria se dar através de um mercado interno que integrasse toda a população, juntamente com o crescimento do trabalho organizado e a reforma agrária para acabar com o exército de reserva das cidades, não ocorreu porque, como mostrou Fernando Henrique Cardoso, a elite nacional optou aliar-se às elites internacionais, reproduzindo, em termos de *dependência*, a antiga dualidade.

A crítica de Oliveira mostra como o subdesenvolvimento é expressão do capital internacional. Deixando de ser visto como obstáculo à expansão do moderno, o atraso é considerado parte integrante do processo de reprodução. Trata-se da funcionalidade do arcaísmo. As ex-colônias entram no mercado mundial justamente por serem economicamente atrasadas, oferecendo trabalho barato e matéria prima com baixo valor agregado – lembrando o verso de Juca Chaves, “vender borracha para comprar pneu”<sup>11</sup>. A entrada no mercado se faz *através* do atraso, que se torna estrutural, se reproduzindo, realizando o que Arantes denomina “dualidade sem dualismo”, onde o tradicional se torna uma das figuras do moderno, num mecanismo de inclusão pela exclusão, semelhante ao da exceção.

## A exceção no primeiro mundo

Grosso modo, o foco primordial da forma jurídico-política do primeiro mundo, a “cláusula pétrea” do processo civilizador é a vida (e a rejeição da morte). De Marx a Foucault, o investimento na vida por conta do desenvolvimento do capitalismo, a introdução da biologia na história, foi amplamente refletido, assim como as formas de regulação da morte numa sociedade em que a vida é o valor central.

Desde a Segunda Guerra Mundial, esta forma jurídico-política não foi problematizada, tendo em vista o trauma e as marcas de horror que a guerra deixara. Foi somente com as transformações da década de 1980, que ela voltou à pauta dos debates, numa espécie de interlocução com as discussões européias do entreguerras.

Esta retomada, que tem a governabilidade como cerne, tem revivificado a questão do estado de exceção, via art. 48 da constituição da República de Weimar<sup>12</sup>, tendo

---

<sup>11</sup> A idéia é de dupla dominação: por um lado, comprar o maquinário obsoleto, descartado pelo centro e, por outro, vender ao centro a matéria prima para ser elaborada fora, e então comprar o produto final, o descartável.

<sup>12</sup> O art. 48 é justamente aquele que regulamenta o estado de exceção e que, resumidamente, reza o seguinte: “Em caso de graves distúrbios ou ameaça à ordem pública e à segurança, o presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para a sua restauração, intervindo, se preciso, com a ajuda das forças armadas. Para isso, pode, temporariamente, no todo ou em parte, ab-rogar os princípios fundamentais [da Constituição]”.



como referências Max Weber, um dos redatores da constituição; Walter Benjamin que, preocupado com a alta frequência do exercício da exceção, denunciava-a como tendo se tornado regra, a ponto de parecer introduzir *de contrabando*, um governo discricionário numa república democrática; e, sobretudo, Carl Schmitt, com seu *decisionismo monista* dos anos 20.

O argumento da governabilidade, já apontado por Sorel, residia no fato da democracia representativa, que tem no parlamentarismo sua figura mais plena, fundar-se no debate. Preocupado com a burocracia em expansão, foi para evitar que situações de emergência se arrastassem em conversas sem fim no parlamento, que Weber introduziu o artigo 48, que possibilitaria uma tomada rápida de decisões, quando a situação assim o exigisse.

Já Schmitt, falava da grande diferença entre a teoria e sua aplicação na democracia *de massas*, pois “na prática, a discussão [torna-se] mero artifício para o carimbo solene de decisões tomadas fora do parlamento”. Os deputados transformam o debate em fraude, diz ele, pois as decisões são tomadas em comissões secretas ou em negociações de bastidores. O parlamento torna-se, assim, uma “antecâmara de interesses ocultos”. Schmitt atacou a ineficácia e a corrupção das instituições parlamentares, reivindicando um governo forte, de “todo poder ao presidente”. Aí estava seu decisionismo, como solução para a questão da governabilidade: ação ao invés de deliberação, decisão ao invés de ponderação.

Quanto ao *estado de exceção*, a discussão, em Schmitt, gira em torno de sua definição de soberania: “soberano é aquele que decide a situação de exceção”; é a decisão soberana que instaura a ordem a partir do caos, criando a normalidade jurídica. A soberania “nasceu do reconhecimento de que sempre será necessário, tendo em vista situações concretas, abrir exceções à lei geral”<sup>13</sup>. A decisão, portanto, não pode ser deduzida da norma, porque a circunstância da decisão não está contida na norma. Daí o “caso limite” da situação anormal, em que a suspensão das normas problematiza sua própria instauração. O fundamento da decisão teria, pois, a decisão como fundamento; em outras palavras, *o fundamento da exceção seria a exceção como fundamento*.

Tal como na decisão divina – o milagre como a suspensão das leis da natureza –, a suspensão da norma, a exceção, não precisa de validação; ela se autovalida pela vontade do soberano. É, pois, a “norma destruída na exceção” que responde pelos fundamentos da normalidade, estabelecendo o curto circuito: a norma constrói-se a partir da exceção o que, de certa forma, lhe dá um caráter de permanência, negando sua própria natureza provisória, excepcional. Como a norma só tem direito de existência a partir da garantia constitucional do estado de exceção, esta última serve,

---

<sup>13</sup> SCHMITT, Carl. *The crisis of parliamentary democracy*. Tradução Ellen Kennedy. Cambridge: MIT Press, 1985. p. 54.

não para assegurar a democracia em situações especiais, como queriam os redatores da constituição weimariana, mas para garantir a própria possibilidade de decreto das “situações especiais”, quando necessário.

O fundamento da decisão é, portanto, anterior à suspensão da norma; a ação soberana evidencia a singularidade (a não universalidade) da validade da norma e a exterioridade de seu fundamento. E, ao mesmo tempo, estabelece que a validade da norma – e do direito –, só está garantida se contiver a exceção e se for contida pela exceção. Em outras palavras, uma das funções da exceção, além de garantir governabilidade, é produzir irracionalidade. Novamente trata-se do mecanismo da inclusão pela exclusão que, desta vez, dá respaldo ao direito, à normalidade e à governabilidade.

Na retomada contemporânea da exceção, ela aparece – o que é bastante compreensível –, inseparável da concepção do político inaugurada nos campos de concentração e extermínio da segunda guerra mundial, enquanto emblema da exclusão absoluta de um coletivo definido como o completamente Outro, numa paradoxal fusão entre modernidade e guerra total.

Dando continuidade à *biopolítica* de Foucault, Agamben, numa espécie de diagnóstico do presente, alinha lado a lado com a exceção outros conceitos-limite, diretamente relacionados com a situação concentracionária e com o Holocausto, sobretudo, com as fronteiras entre o humano e o não humano e entre vida e morte, numa sociedade que investe na vida e que, para tanto, deve regular a morte: trata-se da *vida nua*, do *homo sacer*, e do *muçulmano*.

Agamben distingue entre *zoe* – simples vida natural comum a todos os vivos, mera vida reprodutiva, excluída da *polis*, desnudada de significados, enfim, a vida do estado de natureza – e *bios* – vida humana, cultural, vida do estado de sociedade, da política. Seu argumento é de que a *polis* – que deveria estar absolutamente separada do estado de natureza –, está sendo cada vez mais penetrada pela *zoe*; isto é, cada vez mais, a vida nua se politiza. Ou, em termos benjaminianos, a *Gewalt*, no seu duplo sentido, como poder e como violência, “penetra no próprio corpo de seus sujeitos e de suas formas de vida”<sup>14</sup>.

A questão da vida nua é complexa pois, embora “pré-humana”, anterior à vida da *polis* – posto que é vida não cultivada – e, portanto, inominável e indescritível, ela só é acessível *a posteriori*. É preciso ter conhecido a vida da *polis*, as palavras, a linguagem e os sentidos que a vida da *polis* oferece, para só então nomear, descrever, entender e, de fato, vivenciar a vida nua. Talvez sua melhor definição seja vida “sem mediações”. Sem representações. Percebida, porém inenarrável; vivida, porém inapreensível. Ela é *paramount reality* – realidade primordial –, diferente das outras

<sup>14</sup> BENJAMIN, Walter. Crítica da violência: crítica do poder. In: *Documentos de cultura: documentos de barbárie*. Tradução Celeste H. M. Ribeiro de Souza et al. São Paulo: Cultrix, Editora Universidade de São Paulo, 1986.

realidades, todas elas construídas. Ela é aquela na qual se morre. A vida nua, *tout court*, é a vida do trauma, da catástrofe, da dor. Ela é a forma pela qual a forma de violência excluída do projeto moderno é “contrabandeada” de volta para dentro do mundo da política, num mecanismo de inclusão pela exclusão.

O *homo sacer*, figura do antigo direito romano é, antes de qualquer coisa, a melhor representação política, na contemporaneidade, da exclusão. Trabalhado por Agamben, aparece como uma forma aperfeiçoada de homicídio legitimado e, como ele mesmo diz, o *homo sacer* é a entidade que liga a “o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder”.

Sua definição jurídica é enigmática: “aquele que qualquer um podia matar impunemente e não devia, porém, ser levado à morte nas formas sancionadas pelo rito”. Trata-se do cruzamento paradoxal de uma vida matável e insacrificável de “uma figura do sagrado aquém ou além do religioso”. Aquém, por que seu assassinato é inimputável e além, por ser sacro e, portanto, por não poder ser tocado, não poder ser sacrificado aos deuses. Como um Caim marcado, o *homo sacer* não pode ter a dignidade da morte porque, sendo o sacrifício uma morte com sentido, a morte do insacrificável é sem causa, sem sentido, sem dignidade. Trazido para a contemporaneidade, o *homo sacer* é o cidadão aquém ou além da cidadania, condenado à falsa impossibilidade de viver, na *polis*, a vida nua.

Ainda como um produto da vida nua, como uma variação radicalizada do *homo sacer*, Agamben fala de uma espécie de morto-vivo descrito pelos sobreviventes dos campos de extermínio<sup>15</sup>: o *muçulmano*. Personagem do cotidiano concentracionário, sua morte era aparentemente sem causa, portanto, sem sentido, injustificável, o que lhe retirava a possibilidade de morte digna, de “bela morte”<sup>16</sup>. “Na linguagem do *Lager*<sup>17</sup>, o *muçulmano* [era] o prisioneiro que perdera toda a esperança, fora abandonado por seus companheiros e já não tinha a lucidez para distinguir entre bem e mal, nobreza e baixaza [...] Era um cadáver ambulante”<sup>18</sup>.

Algumas de suas manifestações são extremamente dramáticas – embora não tão esdrúxulas quando se pensa o cotidiano trágico da miséria do terceiro mundo: olhar opaco, expressão indiferente, mecânica e triste; corpos sensíveis a todo tipo de infecção e contágio, respirando com esforço, movendo-se lentamente; agonizando

---

<sup>15</sup> Referências citadas por Agamben em *Lo que queda de Auschwitz: el archivo y el testigo: Homo Sacer III*. Tradução Antonio Gimeno Cuspiner. Valencia: Pré-textos, 2000; AMÉRY, J. *Um intellettuale a Auschwitz*, Torino: Bollati Boringhieri, 1987. LEVI, Primo. *Entrevistas y conversaciones*. Barcelona: Península, 1998. Idem, *Los hundidos y los salvados*. Barcelona: Muchnik, 1989; Idem. *Si esto es un hombre*. Barcelona: Muchnik, 1987. Idem. *La tregua*. Barcelona: Muchnik, 1988.

<sup>16</sup> Aqui a referência é a morte dos heróis gregos – como a de Heitor, filho de Hécuba –, a tal ponto rica de sentido, que ela o imortaliza como herói.

<sup>17</sup> Campo de extermínio.

<sup>18</sup> Améry, Jean. apud AGAMBEN, Giorgio. *Lo que queda de Auschwitz: el archivo y el testigo: Homo Sacer III*. Tradução Antonio Gimeno Cuspiner. Valencia: Pré-textos, 2000. p. 39.

de inanição. Não despertavam pena e não contavam com a simpatia de ninguém. Todos – os outros detentos e os soldados – queriam eliminá-lo, cada um à sua maneira. Sem história, haviam sido vencidos antes de começá-la e nada poderia salvá-los; eram a massa anônima dos campos, constantemente renovada, porque constantemente minguada. Havia perdido a vontade de viver, submetiam-se incondicionalmente à vontade divina, numa atitude semelhante à do suposto fanatismo islâmico – daí a sua denominação – e, fisicamente, acorados no chão, as pernas cruzadas, a cara rígida como uma máscara, pareciam estar orando na direção de Meca. Não se pode chamar de morte a sua morte, diz Primo Levi, porque quando morriam, já estavam mortos. “Em Auschwitz não se morria, produziam-se cadáveres”<sup>19</sup>.

## A exceção na periferia

Os textos nos quais Oliveira revela o *curto-circuito* do desenvolvimento brasileiro envolvem duas passagens de modos de produção. *Crítica da Razão Dualista* lida com o processo de industrialização pós Revolução de 30 e com o período desenvolvimentista, e *Ornitórrinco*, com a atual revolução digital, mostrando como o atraso de setores da economia brasileira é, ela mesma, condição e produto da modernização, do progresso e do próprio desenvolvimento.

Oliveira mostra como a leitura conservadora, “a versão comum da teoria do crescimento do bolo”, tanto no processo de urbanização e industrialização como na atualidade, apesar de manter o atraso e a desigualdade e apesar da perda dos direitos conquistados pelos trabalhadores, é “como se a sorte das ‘partes’ pudesse ser reduzida ao comportamento do ‘todo’ [...] quando, na verdade, a opção das classes dominantes é por uma divisão do trabalho que preserve a dominação, ainda que ao preço de uma posição internacional medíocre”<sup>20</sup>.

É a opção da aliança das elites brasileiras às internacionais que leva o país a se definir permanentemente pela condição subdesenvolvida, mesmo quando esta já não se aplica e por um modelo de acumulação, que eternamente não alcança.

O *Ornitórrinco*, revisitação do autor à razão dualista no Brasil de hoje, que através de sua denominação pretende fazer referência – ou talvez se pretenda paródia brasileira – ao monstro *Behemot* weimariano de Franz Neumann, é uma espécie de Estado-colagem, em que se agregam partes não agregáveis<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p. 74.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Francisco. *Crítica à razão dualista: o ornitórrinco*. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 37.

<sup>21</sup> Como a discussão dos fragmentos do *Ornitórrinco* não é objeto deste texto, segue relação de suas características conforme nomeadas pelo autor: urbanizado, pouca força de trabalho e população rural, nenhum resíduo pré-capitalista (forte *agrobusiness*). Indústria desenvolvida, inclusive na terceira revolução industrial. Serviços numa ponta muito desenvolvidos, e na outra, arcaicos. Pouco crédito bancário para desenvolvimento. Recém-democratizado. Falta produzir conhecimento, continua copiando e imitando. Alta proporção da dívida externa sobre o PIB: precisa de capital externo para se mexer. Parece regredir a pré 1930: pagamento de juros mais amortização do principal come toda a receita da exportação.

O eixo central da análise de Oliveira, ao longo dos dois textos está na produção, na exploração da força de trabalho, enfim, na mais valia, cuja extração repousa sobre o salário subsistência – como o salário mínimo e, pode-se dizer, o mínimo de salário – e a formação e manutenção de um exército de reserva<sup>22</sup>.

Chama a atenção como essa postura analítica está enraizada no espírito acadêmico brasileiro, descartando a perspectiva de estilos de vida como categoria significativa para entender o subdesenvolvimento: “essa forma reificada de consciência social, que identifica progresso a estilos de consumo e de vida, oculta os pressupostos econômicos, sociais e morais em que se assenta o mundo desenvolvido [...] periferia, onde é possível consumir sem produzir, gozar dos resultados materiais do capitalismo sem liquidar o passado, sentir-se moderno mesmo vivendo numa sociedade atrasada”<sup>23</sup>.

Entretanto, isto pode significar, ao menos em parte, a perda de uma dimensão analítica importante. Se, de um lado, considerar o nível de consumo como insuficiente para indicar o grau de modernização de uma cultura é amplamente corroborado pelo exemplo emblemático da famosa paisagem brasileira das antenas de televisão espetadas nas favelas das grandes cidades, de outro, esta incongruência serve, justamente, como indicador do atraso. É esta concomitância aparentemente impossível que dá mais força à crítica da razão dualista de Oliveira do atraso como a forma brasileira de capitalismo. É ela que expressa com clareza a polaridade do que aqui se denomina a revolução conservadora. Invertendo-se a perspectiva, o consumo de artefatos modernos em contextos do atraso – como a parabólica ou o armamento de ponta na favela –, longe de caracterizar “modernidade”, colocam de forma explícita a condição do atraso.

A dimensão do consumo, certamente, não se sustenta sozinha. Ela é a manifestação, a visibilidade de um mecanismo mais profundo. Pois é exatamente nesta linha a oposição de Oliveira aos cepalinos: “enquanto denunciavam as miseráveis condições de vida de grande parte da população latino-americana, seus esquemas teóricos e analíticos prendiam-nos às discussões em torno da relação produto-capital, propensão para poupar ou investir, eficiência marginal do capital, economias de escala, tamanho do mercado, sem se darem conta, a construir o estranho mundo da dualidade e a desembocar, a contragosto, na ideologia do círculo vicioso da pobreza”<sup>24</sup>.

Acusa-os de ingenuidade, pois querem que os países ricos paguem mais pelo que comprem dos subdesenvolvidos e que vendam seus produtos a eles mais barato

<sup>22</sup> Embora não seja do âmbito deste texto desenvolver esta questão, ela é muito interessante no que se relaciona ao foco da abordagem. Dentre as questões que ela suscita, fica a de se na contemporaneidade, justamente, o consumo não seria um de seus parâmetros mais relevantes?

<sup>23</sup> NOVAIS, Fernando A.; CARDOSO DE MELLO, João Manuel. Capitalismo tardio e sociabilidade moderna. In: SCHWARCZ, Lília Moritz; NOVAIS, Fernando A (Orgs.). *História da vida privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 605.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Francisco, op.cit.. p. 31.

quando, na verdade, diz Oliveira, a questão é **a mais valia e não os preços**. Assim, a razão dualista, embora ética, termina se mostrando reformista. O “processo real, diz ele, mostra uma simbiose e uma organicidade, uma unidade de contrários, em que o chamado ‘moderno’ cresce e se alimenta da existência do ‘atrasado’”<sup>25</sup>.

O subdesenvolvimento, portanto, que pareceria uma passagem – como no caso alemão – para formas mais avançadas é, na verdade, uma produção da expansão do capitalismo que, em última instância, tende a – ou mesmo *deve* – se perpetuar. **O subdesenvolvimento, portanto, é uma exceção permanente** e o *Ornitórrinco* pretende, justamente, apontar para os mecanismos que transformam o que é aparentemente – ou ingenuamente? – provisório, em permanência.

O *dependentismo*, porém, também teve seus méritos: pela primeira vez deslocou o eixo de análise local para mundial. Como diz Arantes, com Novais, a história do Brasil deixou de ser nacional, desprovincializou-se.

Nas articulações entre exploração colonial e a passagem para o capitalismo, a análise não deve ser feita pelas relações de produção, mas pela relação metrópole-colônia. É pela exploração colonial que se dava a acumulação primitiva européia. Fomos colonizados para o capitalismo. Enquanto na Europa o capitalismo se libertava da servidão medieval, as economias coloniais periféricas montadas como alavancas do crescimento punham a nu a exploração<sup>26</sup>.

A dependência, portanto, aponta o caráter ambivalente, para não dizer esquizofrênico das elites brasileiras, as únicas classes locais beneficiadas pelo sistema produtivo, mesmo que subordinadas à burguesia internacional. Localmente centrais e internacionalmente periféricas, para Schwarz, seria uma nova via do desenvolvimento desigual e combinado do capitalismo. O *atraso*, ambíguo, revelaria a verdade do progresso. É uma via que expõe a fratura constitutiva da normalidade dual brasileira. É, na melhor tradição das *idéias fora do lugar* de Schwartz, “o desvio de um país na contra-mão”<sup>27</sup>.

A crítica de Oliveira ao modelo dependentista é múltipla, mas seu objetivo central é mostrar, no presente, a reprodução de articulações do passado, em nova versão, como evidência da permanência do que deveria ser apenas passagem, exceção.

Voltando para a industrialização dos anos 30, “divisor de águas na economia do país”, o autor mostra como o desenvolvimento precisava de certas condições internas, dentre elas, a regulamentação das relações trabalho e capital – que igualava o preço da força de trabalho *por baixo* –, a fixação do salário mínimo para a reprodução do

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Francisco, op. cit., p. 32.

<sup>26</sup> ARANTES, Paulo E. *Sentimento da dialética*. São Paulo: Paz e Terra, 1992. p. 83. Grifos da autora, justamente para ressaltar a importância que Novais dá não só à produção, como à relação entre o centro e a periferia.

<sup>27</sup> Idem. A fratura brasileira do mundo. In: Idem. *Zero à esquerda*. São Paulo: Conrad Livros, 2004. (Coleção Baderna).

trabalho e a transformação dos migrantes em exército de reserva. Neste sentido, a agricultura de subsistência foi funcional para a acumulação interna de capital; o exército de reserva, no trabalho informal, barateava o custo da reprodução da força de trabalho o que, diz Oliveira, “não foi percebido pela teoria cepalino-furtadiana”.

Para a aceleração do novo modo, as funções do Estado se ampliaram: investimento em infraestrutura, do lado do trabalhador, custos sociais e, do lado do capital, rebaixando os custos do capital para a importação de equipamentos e para o crédito, inclusive do consumidor<sup>28</sup>.

No período da ditadura, a industrialização dava-se pela “via prussiana”, com forte repressão política e contra o movimento sindical; ao invés da reforma agrária, a ditadura reforçou o monopólio da terra e realizou a modernização selvagem do campo, a agricultura foi tecnificada e o latifúndio se capitalizou, transformando-se em empresariado rural, de forma que houve forte êxodo rural, o que trouxe o rebaixamento do salário mínimo; cresceu a participação da empresa estatal, houve a abertura para o capital estrangeiro e o endividamento externo. Essa subordinação financeira criou uma dívida interna enorme, sem fim, diz Oliveira, abrindo as portas para a atual financeirização da economia.

Desde os anos 80, acompanhando o processo gradual de desformalização da lei, em nome da governabilidade, no sentido de que o Brasil é cada vez mais governado por medidas provisórias, iniciou-se o processo de desformalização das relações entre capital e trabalho, dando espaços a vínculos autoritários, propiciando a entrada da exceção.

O *Ornitórrinco*, produto da análise da terceira revolução industrial e da mundialização<sup>29</sup>, evolução truncada tal qual o Brasil do subdesenvolvimento é onde Oliveira verdadeiramente inova em termos conceituais e de reflexão. Nesta sociedade desigual, apesar do crescimento do bolo, hoje como no passado, diz ele, fica-se apenas com a cópia, com o descartável, sem ter acesso à matriz, de forma que, em termos de acumulação, nada ou muito pouco sobra. No mundo em que a riqueza se desmaterializa, na economia digital, em que “para obter cada vez menos produto, faz-se necessário um investimento cada vez maior”, este está sempre aquém das forças internas de acumulação, reiterando os mecanismos de dependência financeira externa. Reforça-se assim a revolução conservadora da razão dualista, que se transmutou em exceção estrutural da periferia, em que se alia o consumo do moderno a uma infraestrutura incapaz de produzi-lo.

No *Ornitórrinco* surge uma nova classe social, diz Oliveira, formada por técnicos, economistas e altas camadas de ex-representantes dos trabalhadores que controlam, administram e operam os fundos públicos e que financiam a reestruturação produtiva

---

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Francisco, op. cit., p. 41.

<sup>29</sup> Oliveira recusa-se a usar o termo globalização.

que produz desemprego. Ela faz a ponte entre os fundos e o sistema financeiro. Seu lugar na produção não é o lugar da burguesia; ela controla o lugar de onde se forma parte do lucro do setor privado<sup>30</sup>.

Na terceira revolução industrial, diz, fundem-se mais valia absoluta e relativa. A absoluta, porque o capital, hoje, através do trabalho informal, suprime o antigo adiantamento na forma-salário. Trata-se de capitalismo sem riscos, pois “o pagamento dos trabalhadores depende dos resultados das vendas dos produtos-mercadorias”. Como exemplo, cita os vendedores de refrigerantes na entrada dos estádios de futebol, em dia de jogo, em que “o trabalho informal é apenas reposição constante, por produto, do que seria o salário”. Os vendedores, numa verdadeira revolução conservadora, aumentam sua produtividade graças ao mecanismo de ponta do *just-in-time* dos distribuidores de bebidas, apesar da forma primitiva de trabalho desses vendedores: são os esponsais entre o arcaico e o moderno da revolução conservadora, entre a “acumulação molecular-digital e o puro uso da força de trabalho”.

Na forma relativa da mais valia, o avanço da informatização possibilita não só trabalho informal, como trabalho não pago<sup>31</sup>. O exemplo paradigmático é o cliente de banco que realiza todas as suas operações pela Internet, ao invés de ser atendido por funcionários. Metaforicamente, Oliveira diz que o trabalho, que antes tinha a forma de um queijo suíço, agora tem a do queijo minas: é a porosidade entre o tempo de trabalho total e o tempo de produção. E, por conta desta *produtividade total*, onde ainda vigora a forma-salário, expande-se ainda mais o antigo exército de reserva, pois como o capital agora só utiliza o trabalhador quando dele necessita, “é como se os trabalhadores fossem transformados em uma soma indeterminada de **exército da ativa e da reserva**, que se intercambiam diariamente; como se os rendimentos do trabalhador agora dependessem do lucro dos capitalistas”.

Como resultado direto da crise do conceito de valor, portanto, em que “o valor de troca das mercadorias, sejam ou não materiais, não mais é determinado em última análise, pela quantidade de trabalho social geral que elas contêm”<sup>32</sup>, a mais valia relativa usa o trabalho abstrato dos trabalhadores “informais” – que, muitas vezes, são os próprios consumidores – como produtores da mais-valia<sup>33</sup>.

Como sub-produto desta mais valia relativa, e neste aspecto, complementando Oliveira, poder-se-ia dizer que surge uma nova classe de exclusão quase que absoluta – em termos cepalinos talvez ela pudesse ser definida como periferia da periferia –, contraponto da nova

---

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Francisco, op. cit., p. 147.

<sup>31</sup> Vale lembrar que esta forma de produção de mais valia já existia, embora em pequena monta, há décadas, sobretudo no conceito de *self-service* dos supermercados, das grandes lojas de departamentos, farmácias e lanchonetes de franquia internacional

<sup>32</sup> GORZ, André. *O imaterial: conhecimento, valor e capital*. Tradução Celso Azzan Jr. São Paulo: Annablume, 2005. p. 29.

<sup>33</sup> Embora não seja do alcance deste artigo discutir o monismo de Oliveira em relação à categoria da mais valia, fica aqui a observação de que justamente na nova economia imaterial, a categoria do consumo – *do acesso* – também deva ser levada em conta, pois não está só do lado do produtor a produção de mais valia, como também na do consumidor.



classe financeira, encarregada da perpetuação não do atraso mas do retrocesso, distinta do proletariado industrial que ainda é empregado na forma-salário e que não é um *excluído* – embora em condições muito mais frágeis do que antes –, a do *homo sacer* de Agamben.

São os mascates e lavadores de vidros de carro nos faróis; são os que servem de *aviões* para o tráfico de drogas, que na maior parte das vezes não têm carteira de identidade, e quando têm, geralmente a filiação é de pai e mãe desconhecidos e que, quando pegos em algum tipo de flagrante, não chegam vivos à delegacia. São os ambulantes que invadem com suas barracas as ruas comerciais das grandes cidades, numa espécie de *vida nua* que remete ao “pátio dos milagres” de Victor Hugo, disputando o espaço da exclusão com os jovens que nunca tiveram emprego, vivendo e vendendo nos cruzamentos das grandes avenidas, constantemente ameaçados pelo rapa, pela polícia e pelos comerciantes. São os catadores de materiais de reciclagem, os mais recentes excluídos das ruas que, tendo descoberto a rentabilidade do “novo filão”, foram usurpados pela indústria do lixo, que já aumentou o valor do lixo-mercadoria, sobretudo por conta da massiva exportação para a indústria do lixo chinesa, reproduzindo tanto aqui como lá, a funcionalidade, a rentabilidade e, conseqüentemente, a perenidade do atraso, da pobreza e da injustiça.

Neste novo quadro estão ainda as “políticas piedosas” de diversos setores da sociedade: de órgãos públicos criados para implementar determinadas políticas públicas, de sindicatos, passando por uma miríade de organizações não-governamentais (ONGs) especializadas em determinados tipos de exclusão, até organismos ligados à empresa privada, muitas vezes, infrutíferas de requalificação e recapacitação dos trabalhadores, verdadeiro “trabalho de Sísifo” que, em última instância, são a própria expressão da exceção, atuando através da inclusão pela exclusão que conserva o exército de reserva e que representa o aspecto funcional do atraso estrutural. “O *Homo Sacer* de hoje é o objeto privilegiado da biopolítica humanitária: o que é privado da humanidade completa por ser sustentado com desprezo”<sup>34</sup>.

Assim como a exceção em Benjamin perpetuava seu uso, transformando-se em regra, também o atraso – a pobreza e a injustiça – é, em si mesmo, garantia de permanência. Nesse sentido, perversamente, políticas públicas e agendas de ONGs com o objetivo de diminuir o abismo, terminam sendo práticas de perpetuação daquilo que supostamente combatem, tal qual a exceção permanente.

Para ilustrar de forma contundente a “importação” da exceção<sup>35</sup>, mecanismo da forma jurídico-política do primeiro mundo, do *homo sacer* como classe de exclusão

<sup>34</sup> ZIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real!*: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas. Tradução Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 111.

<sup>35</sup> Ressalta-se aqui a valiosa contribuição do amigo Laurindo Minhoto, que observou: “como podemos importar algo que sempre foi nosso?”. Talvez o termo apropriado fosse, *re-importação*, pois a própria colonização, sem dúvida, já era um regime de exceção. A intenção aqui, entretanto, é da exceção no sentido de uma construção a partir do moderno Estado de direito, cujo nascimento se deu no primeiro mundo.

e *vida nua*, como resposta analítica às novas formas econômicas do terceiro mundo que a razão dualista, através da *revolução conservadora* não é mais suficiente para esgotar, nada melhor que as próprias palavras de Oliveira.

O subdesenvolvimento viria a ser, portanto, a forma de exceção permanente do sistema capitalista na sua periferia...O subdesenvolvimento finalmente é a exceção sobre os oprimidos: o mutirão é a autoconstrução como exceção da cidade, o trabalho informal, como exceção da mercadoria, o patrimonialismo como exceção da concorrência entre os capitais, a coerção estatal como exceção da acumulação privada, keynesianismo *avant la lettre*<sup>36</sup>.

## Razão dualista no centro

No primeiro mundo, juntamente com a poeira levantada pelo desabamento do Muro de Berlim em 1989, erguia-se a imagem da hegemonia absoluta estadunidense, que parecia finalmente inaugurar o império de mil anos – espécie de império da exceção permanente –, já almejado em outras ocasiões da história.

Insidiosa, entretanto, a penetração da vida nua se alastrava<sup>37</sup>, em mais de uma direção, como as guerras étnicas na ex-Iugoslávia e a “limpeza étnica”, ou, como, por exemplo, a islamização de certas regiões do Oriente, que já foram mais modernas, como o Irã do Shah Pahlavi, que em 1979 passou pela revolução liderada pelo Ayatolá Khomeini, que estabeleceu a República Islâmica teocrática; como o Afeganistão e o movimento nacionalista islamista Taleban, que o governou de 1996 a 2001, e que desde 1996 acolhia o dissidente Osama bin Laden, fazendo a aliança Al Qaeda-Taliban

É como se a partir de 2001 se cristalizasse uma nova forma política de atuação violência: o terrorismo e o terror de Estado. Do lado do terrorismo do Estado, mantidas as devidas proporções, são dois os paradigmas, embora interligados: um é a questão do Oriente Médio, envolvendo a relação entre israelenses e palestinos e, a outra, a reação norteamericana aos acontecimentos de 11 de setembro.

Amos Oz<sup>38</sup>, no registro do moderno Estado de direito democrático, delinea a teoria das “duas guerras” na região do Oriente Médio, uma de cunho nacional

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Francisco, op. cit., p. 131.

<sup>37</sup> Embora o alastramento gradual da vida nua na vida política mundial seja extremamente importante, não é do âmbito deste texto se deter nesses acontecimentos. Somente a título de referência, cabe apontar que se trata de um processo que se constituiu a princípio de forma nebulosa, depois da guerra dos Seis Dias, com a perpetuação da ocupação israelense de determinadas regiões dos países árabes envolvidos no conflito, através da colonização de territórios, o que deu visibilidade interna e internacional à questão palestina, colocada pela primeira vez quando da partilha da ONU, em 1947. A década de 70 assistiu a uma longa série de atentados, sobretudo em vôos internacionais e cartas-bomba enviadas e importantes personalidades políticas da Europa e dos EUA.

<sup>38</sup> Vide OZ, Amos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 07 abr. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq0407200710.htm>>. Acesso em: 08 abr. 2007. E Idem, *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 23 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.estado.com.br/editorias/2005/08/23/indx050823.html>>. Acesso em: 08 abr. 2007.

e a outra, fundamentalista. Trata-se do paradoxo entre uma guerra passível de solução diplomática e política, portanto legítima, entre dois nacionalismos e outra, que remete à relação amigo e inimigo como definia Carl Schmitt, em que a guerra só termina com a total aniquilação física de um dos lados, travada entre dois irracionalismos.

O nacionalismo palestino, diferentemente da maioria dos movimentos nacionais que nasceram banhados em sangue – inclusive o próprio sionismo –, nasceu legítima e legalmente através da resolução da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1947, lado a lado com o nascimento do Estado judeu. Como então explicar que a luta por sua auto-determinação e pela fundação de seu próprio Estado esteja presa nas malhas da irracionalidade e do terrorismo? A nova causa palestina – desde a guerra dos Seis Dias de 1967 – torna-se símbolo mobilizador e integrador do destino mundial, um instrumento privilegiado para a conscientização anti-ocidental, que termina desembocando na primeira Intifada – 1987 –, na segunda Intifada – 2000 –, no Hamas, no Djiihad Islâmico, no Hezbollah libanês e, mais espetacularmente, nos vários grupos e ramificações da Al Qaeda de Bin Laden.

O discurso da guerra das raças reaparece e alimenta os movimentos de identidade étnica e religiosa contra os grandes aparatos estatais e os “homens e mulheres-bombas”, aparecem como os soldados por um moderno Estado laico nacional, enquanto o Estado de Israel, fundado com produto da vontade sionista e socialista, de formação laica, cuja origem está no processo de formação dos Estados-nação na Europa da segunda metade do século XIX, aparece como uma teocracia que tem impregnado gradualmente várias instâncias do poder laico, presa nas malhas da irracionalidade, do terror de Estado.

O que é que transforma uma guerra em “duas”? O que é que torna um conflito entre nacionalismos numa guerra fundamentalista sem fim?

No segundo paradigma – os EUA depois de 11 de setembro –, embora não tão identitário para a nação americana quanto a questão do Oriente Médio para as duas entidades nacionais, palestinos e israelenses –, também aí se encontra o que cada vez mais se configura como uma astúcia da política moderna: o apelo à razão dualista para justificar a distância, a divergência, o abismo intransponível entre ambos. Foi a razão dualista que permitiu aos EUA, em nome do atraso, investir e armar (até os dentes) – no passado distante – a Pérsia do Shah, – no passado menos distante –, o Iraque de Saddam Houssein e o Al Qaeda de Osama Bin Laden e, – mais recentemente –, o Paquistão e o Afeganistão. Novamente aí aparecem os esponsais entre uma tecnologia de ponta – aqui em termos de armamento – e uma tradição feudal.

Os sinais da revolução conservadora estão por toda parte: desde as pedras lançadas pela Intifada nas ruas de Jerusalém antiga, até as cavernas-esconderijo nas montanhas

de Paquistão e do Afeganistão da Al Qaeda de um lado, e seu convívio com a mais moderna rede de aplicação financeira em todo mundo.

Entretanto, também aqui, nas relações entre palestinos e israelenses, a questão da mais-valia deve ser levada em conta. A título de ilustração, vale lembrar que a forte resistência dos colonos judeus à sua retirada dos assentamentos da faixa de Gaza e, futuramente, da Cisjordânia, não se deve exclusivamente a razões de fé, ao sonho da “Terra prometida às duas margens do Jordão”, mas à perda das condições econômicas que usufruíam até então. Como declarou Oz, recentemente, “nesses assentamentos, só judeus podem morar, enquanto os palestinos só podem entrar para trabalhar, exercendo funções simples de baixa re remuneração”.

É ainda razão dualista que legitima o que Zizek denomina a paranóia de Bush que ataca para evitar ameaças futuras. Assim como no caso da periferia, também no centro reaparece a idéia de um capitalismo “sem riscos”, na forma de uma hegemonia “sem riscos”. Diz Zizek, “terror é o estado da ameaça terrorista eternamente suspensa... Catástrofe é considerada certa ...e é indefinidamente adiada. Mas, conclui, “a catástrofe verdadeira é esta vida sob a ameaça constante de uma catástrofe”.

Neste sentido, a diferença entre o centro e a periferia é que na periferia a tragédia aparece como exceção permanente, como condenação à vida nua, como a “persistência de condição sem esperança” de Terry Eagleton, enquanto no centro, a tragédia aparece de forma inusitada, espetacular, surpreendente, como o 11 de setembro<sup>39</sup> o que, por isso mesmo, justifica o terrorismo de Estado, o paradoxo de um terror preventivo de Estado.

Na medida em que a razão dualista, a serviço do centro, não pode utilizar o “progresso” como conteúdo comparativo, como no caso da periferia, seu conteúdo substitutivo de comparação é a sua vitimização. É assim, diz Zizek, que ela volta a “normalizar” seus valores fundantes, assumindo a autoridade e a legitimidade conferidas aos que falam a partir da posição da vítima. Os movimentos antiglobalização, por exemplo, se não silenciaram de todo, ao menos abrandaram. Em outras palavras, contra as vítimas terceiromundistas – contestáveis, pois, afinal, é em prol de seu progresso – da intervenção econômica e por vezes militar da megapotência e de seus aliados, a megapotência e seus aliados aparecem como vítimas – incontestes – de uma barbárie religiosa, medieval, incontrolável. “Se os ‘terroristas’ estão prontos a destruir este mundo por amor ao próximo, nossos guerreiros contra o terrorismo estão prontos a destruir seu próprio mundo democrático por ódio ao outro muçulmano”<sup>40</sup>. Assimiladas as regras do jogo, trata-se agora de vítimas contra vítimas.

<sup>39</sup> Para o mesmo efeito, os ataques aos trens de Madri e, mais recentemente, os ataques em Londres, cujo desenrolar culminou na execução absolutamente terrorista – sequer preventiva – de um brasileiro.

<sup>40</sup> ZIZEK, Slavoj, op. cit., p. 104.

Do lado do terror, como contraponto à vitimização do terrorismo de Estado, a razão dualista provê um exercício de inversão impressionante: reivindica exigências impossíveis de serem satisfeitas. Se, de um lado, a esquerda, exige pleno emprego, a manutenção do Estado de bem-estar e fronteiras abertas para a imigração, de outro, os homens bomba – esses corpos-bomba que são o próprio instrumento de morte –, os “combatentes ilegais”, a *djihad* islâmica, como resistência cultural à hegemonia do Ocidente, exigem a islamização do mundo.

Essas reivindicações impossíveis, cujos sujeitos parecem, segundo Zizek, não desejar que elas de fato se concretizem, podem ser entendidas, talvez, como expressão da *paixão pela vida nua*, eliminável, descartável. Tratar-se-ia de uma “paixão pelo Real” justificada, em certa medida, pela angústia provocada pela progressiva desmaterialização da vida, espécie de “fetichização do fetiche” na qual vivemos atualmente. Essa *paixão* seria resultante de uma construção iniciada na contracultura dos anos 60 e 70, em que se criticava o tédio do conservadorismo burguês, ou a “decadência do Ocidente”, em oposição aos quais propunha-se, por exemplo, a literatura da *beat generation*, a releitura do dionisíaco nietszcheano, ou a necessidade de “experienciar” a vida de forma intensa, autêntica e não mediada.

À guisa de conclusão deste rápido sobrevôo sobre as duas formas de política que parecem hoje se intercambiar de maneira tão fluída – conforme as situações concretas e cotidianas de violência, poder e dominação –, poder-se-ia dizer que ambas, conteúdos identitários e constitutivos de dois tipos distintos de sociedade, de duas temporalidades distintas, de dois sistemas produtivos distintos, ao serem atravessadas pelo caráter entrópico da globalização – que tende à homogeneização absoluta –, esvaziaram-se de significado, e cristalizaram-se como técnicas de exercício do poder, dispositivos desconectados de suas próprias origens, e desconectados de seu próprio “projeto para o futuro”.

\*

## Bibliografia

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução Iraci Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Lo que queda de Auschwitz: el archivo y el testigo: Homo Sacer III*. Tradução Antonio Gimeno Cuspínera. Valencia: Pré-textos, 2000.
- ARANTES, Paulo E. *Sentimento da dialética*. São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- \_\_\_\_\_. *O fio da meada*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Zero à esquerda*. São Paulo: Conrad Livros, 2004. (Coleção Baderna).
- BENJAMIN, Walter. Crítica da violência: crítica do poder. In: *Documentos de cultura: documentos de barbárie*. Tradução Celeste H. M. Ribeiro de Souza et al. São Paulo: Cultrix, Editora Universidade de São Paulo, 1986.
- DYMETMAN, Annie. *Uma arquitetura da indiferença: a república de Weimar*. São Paulo: Perspectiva, 2002.
- ELIAS, Norbert. *The germans*. Cambridge: Polity Press, 1996.
- FRANCO, Maria Sylvania de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 4. ed. São Paulo: UNESP, 1997.
- GORZ, André. *O imaterial: conhecimento, valor e capital*. Tradução Celso Azzan Jr. São Paulo: Annablume, 2005.
- NOVAIS, Fernando A.; CARDOSO DE MELLO, João Manuel. Capitalismo tardio e sociabilidade moderna. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz e NOVAIS, Fernando A. *História da vida privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- OLIVEIRA, Francisco. *Crítica à razão dualista: o ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2003.
- \_\_\_\_\_. *A economia da dependência imperfeita*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- OZ, Amos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 07 abr. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq0407200710.htm>>. Acesso em: 08 abr. 2007.
- \_\_\_\_\_. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 23 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.estado.com.br/editorias/2005/08/23/indx050823.html>>. Acesso em: 08 abr. 2007.
- SCHMITT, Carl. *The crisis of parliamentary democracy*. Tradução Ellen Kennedy. Cambridge: MIT Press, 1985.
- ZIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real!: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas*. Tradução Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003.

# Percepção memorialística da atividade econômica empresarial catanduvense (1985-1994)

**ODIR ZÜGE JUNIOR (autor e organizador)**

*Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito – Universidade de São Paulo.*

*Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino e do Curso de Direito da Faculdade Zumbi dos Palmares. Advogado.*

*CO-AUTORES: Adler Artur Lopes; Aline Bertellini; Camila Branzani; Fábio Bazile Pozzi; Gabriela Machado Piva; Gustavo Chalegre Pelisson; Ligia Pimenta de Moraes; Matheus Campos Pickarte; Pedro Francisco Barboza; Rafael Sabella Sanches; Ricardo Brajiola; Thales Bruno Monzner.*

**Resumo:** Direito empresarial. Empreendedorismo na periferia da economia mundial. A pesquisa faz um levantamento da percepção memorialística do pequeno empresariado catanduvense acerca da influência dos contextos econômico nacional e internacional na atividade empresarial local, procurando apurar a efetiva compreensão ou não desta forte influência econômica. Apura-se um quase que completo desconhecimento acerca do tema por parte dos pequenos empreendedores, podendo-se depreender um imenso despreparo para a atividade empreendedora, o que ajuda a explicar o alto índice de insucesso na atividade empresarial.

**Palavras-chave:** Filosofia do Direito; Direito Comercial e Empresarial; Relações Internacionais; Centro e periferia; Catanduva.

**Abstract:** Business Law. Entrepreneurship in the world economy's periphery. The article makes a memorial perception survey of the small business chain in Catanduva/SP about the national and international influence in the local business activity, trying to check the comprehension or not of this huge economic influence. A complete unfamiliarity on this theme is observed by small enterprisers and can be inferred a big entrepreneur activity unpreparedness, what can explain the failuring business activity.

**Key words:** Law Philosophy; Business Law and Commercial Law; International Relations; Center and Periphery; Catanduva.

## Introdução

O presente trabalho procurou apurar, mesmo que apenas de forma memorialística, a percepção do pequeno empresariado da cidade de Catanduva (localizada no interior do estado de São Paulo) das influências econômicas externas à cidade no desempenho de suas atividades. As influências indagadas referiam-se aos diversos planos econômicos propostos pelo Governo Brasileiro no período de 1985 a 1994, bem como à reorganização econômica mundial ocorrida no período, com a desarticulação do bloco soviético e o fim da Guerra Fria. Neste período, as relações comerciais começam a mudar de forma no mundo inteiro, com a ascensão da industrialização no dito terceiro mundo em razão da transferência das plantas industriais antes instaladas nos países de centro do antigo bloco ocidental. Nesta mesma época, o Brasil começa a abertura de sua economia, antes muito fechada e fortemente focada na substituição de importações. A abertura econômica abrupta

no Governo Collor (1990/1992) criou imensas dificuldades ao empresariado que antes produzia e industrializava bens dos mais diversos tipos que foram substituídos no mercado por outros de origem estrangeira, que chegavam ao mercado com preços inferiores aos da produção nacional.

Notou-se que, após alguns anos, a percepção dos então pequenos atores econômicos sobre as dificuldades econômicas vividas são atribuídas a problemas da economia local, ao despreparo no campo da administração empresarial rotineira, à influência da família etc, olvidando-se a forte influência do contexto então vivido.

## **Sobre a pesquisa**

O objeto da pesquisa desenvolvido foi a percepção da efetiva influência externa (nacional e internacional) no rumo da atividade empresarial empreendida pelo pequeno empresariado catanduvense.

Quanto ao método, foram realizadas entrevistas com diversos sócios, ex-sócios e dirigentes de pequenas sociedades empresariais em atividade no Município de Catanduva, no período de 1985 a 1994. As entrevistas foram gravadas e reduzidas a termo pelos alunos participantes da pesquisa.

O estudo realizado justifica-se pela ausência de dados sobre a visão empresarial da atividade empreendedora. O pequeno empresariado brasileiro caracteriza-se pelo despreparo e Catanduva não pôde fugir à regra geral. Por outro lado, a realização da pesquisa permitiu aos alunos o contato com a experiência dos empreendedores locais.

## **Resultados obtidos**

O período da história econômica brasileira compreendido entre os anos de 1985 e 1994 foi marcado pelas intensas turbulências econômicas e pelos sucessivos planos econômicos heterodoxos que buscavam alcançar a estabilidade econômica, uma vez que a economia encontrava-se marcada pela alta inflação, entre outros problemas estruturais da economia brasileira. Tais planos heterodoxos, quais sejam, Planos Cruzado I e Cruzado II, Plano Verão, Planos Collor I e II, tiveram profundos, porém efêmeros e infrutíferos efeitos na dinâmica econômica brasileira de então, ora acentuando, ora atenuando, os índices de desemprego, entre outros efeitos, até o surgimento do Plano Real.

Sendo o desemprego um dos motores do empreendedorismo de pequena monta, pôde-se intuir sobre a relação entre o aumento e diminuição das aberturas e fechamentos de sociedades empresariais em uma determinada região do território



brasileiro e os efeitos dos sucessivos choques, e também sobre esses mesmos efeitos sobre a atuação das sociedades empresariais já existentes.

Por outro lado, não podemos analisar o efeito desses planos econômicos sem entender também o momento econômico mundial deste período sob análise. É preciso lembrar que a reestruturação econômica brasileira passou por um período de intensa liberalização, anteriormente já efetuada nos países latino-americanos, como o Chile em 1973, a Argentina, em 1976, o México em 1977 e a Venezuela em 1979. Todavia, conforme Antônio Côrrea de Lacerda<sup>1</sup>, essas experiências acabaram por serem abortadas pela crise econômica mundial dos primeiros anos da década de 1980.

É preciso entender essa crise. Isso que habitualmente chamou-se de globalização não é novidade na história humana. O próprio “achamento” do Brasil se dá num contexto de economia mundializada, uma vez que o Reino Português tinha no comércio internacional sua grande fonte de riqueza, e não só Portugal, mas também boa parte das nações européias que se lançaram às navegações. O próprio Tratado de Tordesilhas, firmado entre Portugal e Espanha, em 1494, trata da divisão, por estes países, do mundo inteiro em duas órbitas de influência e, não apenas por gosto, mas com finalidades econômicas.

Ora, no período do pós-guerra até 1973 nós temos o crescimento mundial alavancado pelo petróleo, que não gera apenas combustível para automóveis, mas inúmeros derivados que vão do piche utilizado para asfaltar as ruas das cidades a compostos que gerarão fibras plásticas. O moderno habitante do mundo está rodeado de derivados de petróleo em sua casa. Isto além da geração de energia, seja nos motores dos automóveis, seja nas usinas termo-elétricas.

Em 1973, temos a crise do petróleo, com o preço do barril subindo de dois dólares e noventa centavos a onze dólares e sessenta e cinco centavos. Mas, no contexto da Guerra Fria, o Governo Brasileiro encontrou dinheiro fácil no mercado mundial, utilizado à larga para financiar as pesquisas petrolíferas no Brasil, para lançar o Proálcool, para incentivar a produção de soja no cerrado brasileiro. Todavia, no final dos anos 80, coincidindo com a implosão do império soviético, a economia americana encontrava-se inflacionada, e o governo americano elevou sua taxa de juros a 21,5%, quebrando as economias de terceiro mundo, onde se inclui o Brasil<sup>2</sup>.

Até então a economia brasileira encontrava-se aparentemente fechada. Tínhamos fortes regulamentações no sentido de substituir as importações, de modo que o vulgo não percebia o quão dependente do mercado internacional estava o Brasil. E, por outro lado, era uma economia fortemente estatizada.

---

<sup>1</sup> CORRÊA DE LACERDA, Antônio et al. *Economia brasileira*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 201-202.

<sup>2</sup> GASPARI, Elio. A “coisa” está aí, para comer quem não a vê. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 03 ago. 2008. p. A12.

Pois bem, o processo de liberalização da economia brasileira concretizou-se, progressivamente, entre o período de 1985 a 1995, período marcado também pelas tentativas de estabilização inflacionária da economia. A desestatização da economia, o crescimento da indústria da microeletrônica com a informatização generalizando-se, a desverticalização da gestão empresarial, com as conseqüentes terceirizações, levaram ao surgimento de um número maior de sociedades empresariais. Acrescentem-se a isso as mudanças no direito brasileiro: a promulgação de uma nova Constituição Federal, em 1988, o surgimento do Código de Defesa do Consumidor em 1990 (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), e mesmo a retomada da tramitação do Código Civil Novo, finalmente promulgado no final de 2002.

Estas mudanças jurídicas não surgiram à toa, mas em razão de necessidades de reorientação das relações econômicas. Conforme asseveram Negri e Hardt<sup>3</sup>, a própria inserção de um país na economia mundial pressupõe um rearranjo do seu ordenamento jurídico, e um enfraquecimento da soberania do estado-nação. Ou, se quisermos utilizar a expressão de Boaventura de Souza Santos, “assistimos à colonização do princípio do Estado por parte do princípio do mercado (...)”<sup>4</sup>. Desliga-se o ordenamento jurídico, desliga-se o Estado do poder soberano e constituinte<sup>5</sup>.

Assim, precarizam-se as relações de trabalho, antes de algum modo protegidas pelo direito. Podemos usar como exemplo a inserção do parágrafo único do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que afirma que não há vínculo empregatício entre o sócio da sociedade cooperativa, a própria sociedade cooperativa e o tomador de serviços dessa. Tal texto legal foi usado às expensas em processos de terceirização empreendidos nos anos 90 (a inclusão de tal texto no corpo da CLT ocorreu em 1994), dada a desverticalização das empresas.

Apenas a onda das terceirizações fomentou a criação de diversas sociedades empresariais, não apenas pela forma das sociedades cooperativas, mas, principalmente, utilizando-se a forma das então sociedades por quota de responsabilidade limitada (atualmente denominadas apenas sociedades limitadas, a partir do Código Civil de 2002).

---

<sup>3</sup> HARDT, Michael, e NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução Berilo Vargas. São Paulo: Record, 2001. p. 21-25.

<sup>4</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez. 2000. p. 255.

<sup>5</sup> Há uma interessante distinção entre poder soberano e poder constituinte na obra de AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 50-52. Agamben ressalta a perspectiva que Antonio Negri (...) abre, ao mostrar o poder constituinte, uma vez pensado em toda a sua radicalidade, cesse de ser um conceito político em sentido estrito e se apresente necessariamente como uma categoria da ontologia”. Esta menção refere-se à obra “O Poder Constituinte”. No mesmo texto, Agamben, remete-nos a Martin Heidegger, ou melhor, a “além dos passos que nesta direção moveram Spinoza, Schelling, Nietzsche e Heidegger”. Conhecida é a elaboração da óntica em Heidegger (mais especificamente em “Ser e Tempo”), e da ontologia fundamental, mascarada (se é que se pode usar essa expressão) pela óntica. Aqui nos permitimos afirmar que esta “colonização do princípio do Estado por parte do princípio do mercado” constitui o soterramento dos poderes soberano e constituinte, ontológicos, pela óntica, banalizadora, “normalizadora”, encobridora, a terra que encobre o rizoma descrito por Deleuze e Guattari, melhor descrito adiante.

Por outro lado, o aumento do desemprego ocorrido na década de 1980, seguido da farta oferta de crédito durante a vigência do Plano Cruzado I, em razão do congelamento, que forçou o setor bancário a valer-se dos empréstimos como meio de auferir renda, fomentou a criação de milhares de pequenas empresas, pequenas sociedades empresariais, que, quase na totalidade, desapareceram nos cinco anos seguintes.

Excluídos do mercado de trabalho, foram “incluídos” na classe empresarial. Desceram “para cima”. Mas não deixaram de ser o que sempre foram, assim carregando seu modo de ver e interpretar o mundo e os fatos.

Deste modo, não é de surpreender que, habitualmente, o meio empresarial, por sua vez, não costuma reconhecer a influência da economia nacional e mundial no desempenho da sua atividade econômica. Se, por um lado, as grandes sociedades costumam estar bem assessoradas neste sentido, por outro, o pequeno e médio empresário é muitas vezes munido apenas de uma enorme vontade empreendedora (ou simplesmente premido por uma enorme necessidade), que o leva a assumir o discurso do sucesso individual. Conforme indicam as entrevistas realizadas, no mais das vezes os limites legais são vistos apenas como entraves à atividade micro-econômica desenvolvida, como se fossem esses os limites reais à sua progressão econômica. Assim, sob essa ótica um tanto individualista, “o Direito do Trabalho deveria ser abolido ou mesmo até eliminado”, uma vez que “apenas aumenta o custo da mão-de-obra”. O Direito de Defesa do Consumidor também é visto apenas como entrave. Não enxerga o pequeno ator econômico que esses dois ramos do direito aperfeiçoam um elemento essencial à economia de mercado, que é o consumo: o Direito do Trabalho acaba por servir como elemento de redistribuição de renda e, portanto, garante um poder de compra mínimo, e o Direito do Consumidor visa dar maior segurança ao consumo<sup>6</sup>.

Por outro lado, o insucesso da atividade empresarial, normalmente, é atribuído apenas e tão somente a falhas de gestão, ou mesmo a uma generalizada atuação estatal antiempresarial, o que sabemos não ser exatamente a verdade dos fatos.

Não vê o pequeno e médio empresário os grandes movimentos da economia mundial, e como estes afetam economias de cidades pequenas e médias do interior, que julgam estar separadas, apartadas do processo de globalização. Mesmo em setores como o pequeno comércio de produtos de informática, isso tem se confirmado

---

<sup>6</sup> Há uma diferença entre proteger o consumidor, enquanto pessoa, e proteger o consumo. Eventualmente, proteger a pessoa significa protegê-lo *do* consumo. No sistema capitalista, de economia de mercado, o consumo é protegido, pois ele se identifica com a produção. Como bem assevera Marx, “ (...) o consumo cria o impulso da criação; cria também o objeto que atua na produção como determinante da finalidade. Se é claro que a produção oferece o objeto do consumo em sua forma exterior, não é menos claro que o consumo *põe idealmente* o objeto da produção, como imagem interior, como necessidade, como impulso e como fim. O consumo cria os objetos da produção de uma forma ainda mais subjetiva. Sem necessidade não há produção. Mas o consumo reproduz a necessidade”. MARX, Karl. Para a crítica da economia política. Tradução Edgard Malagodi. In: FLORIDO, Janice. *Marx*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 32. (Coleção Os Pensadores).

reiteradamente: o proprietário da pequena loja de computadores e acessórios não acompanha as tendências da grande indústria da informática. Esse pequeno empresário não antevê as necessidades do seu mercado consumidor, não sendo, portanto, capaz de ofertar soluções a contento.

Por outro lado, o pequeno empresariado, quando muito, intui sobre os efeitos avassaladores do avanço da monocultura da cana, que progressivamente extingue a figura do pequeno sitiante, consumidor dos implementos agrícolas fornecidos pela pequena loja. Não consegue perceber que esse avanço da monocultura canavieira se insere num plano de reestruturação mundial do setor energético, com a progressiva substituição do consumo do petróleo.

Apresenta-se também um generalizado desconhecimento, por parte dos sócios dessas pequenas sociedades empresariais, de técnicas de gestão e administração, bem como da legislação que interfere na atividade econômica desenvolvida<sup>7</sup>.

Assim, tais sócios não enxergam as raízes da economia globalizada que bate na porta de suas empresas, na qual, no mundo contemporâneo, está em curso o processo de integração entre as economias e sociedades dos vários países e das diversas regiões no que se refere a produção de mercadorias e serviços, aos mercados financeiros, e à difusão de informação.

Sobre as entidades de apoio ao empreendedorismo, via de regra, a reclamação é a mesma: são entidades que “complicam os negócios” e não ensinam como conseguir um financiamento a baixo custo ou mesmo a fundo perdido – visão essa que é herança das políticas estatais de investimento dos anos 70. Ou, se quisermos ir mais longe, herança dos quatrocentos anos da escravatura no Brasil.

Ora, o que pudemos perceber nessa pesquisa é que o pequeno empresariado no mais das vezes tem exatamente a mesma percepção de mundo da população em geral. Uma percepção de mundo orientada pela mera opinião que é constantemente repetida, superficialmente, nos meios de comunicação de massa, dissimulando a realidade. Criando um hiper-real, uma hiper-realidade, que não é “uma representação falsa da realidade (a ideologia), trata-se de esconder que o real já não é o real e, portanto de salvaguardar o princípio da realidade”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Neste sentido, HARDT e NEGRI afirmam constituir-se um “novo proletariado”: “Trata-se de um novo proletariado e não de uma nova classe operária industrial. A distinção é fundamental. Como explicamos anteriormente, ‘proletariado’ é o conceito geral que define todos aqueles cujo trabalho é explorado pelo capital, a multidão cooperante total (Seção 1.3). A classe operária industrial representou apenas um momento parcial na história do proletariado e de sua revolução, no período em que o capital foi capaz de reduzir o valor à medida. Nesse período parecia que só o trabalho de elementos assalariados era produtivo, e portanto todos os outros segmentos do trabalho pareciam meramente reprodutivos ou mesmo improdutivo. No contexto biopolítico do Império, porém, a produção de capital converge progressivamente com a produção e reprodução da própria vida social; desta maneira, torna-se mais difícil manter distinções entre trabalho produtivo, reprodutivo e improdutivo. O trabalho – material ou imaterial, intelectual ou físico – produz e reproduz a vida social, e durante o processo é explorado pelo capital.” HARDT, Michael; NEGRI, Antonio, op. cit., p. 426.

<sup>8</sup> BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulação*. Tradução Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio d'Água, 1991. p. 21

Assim, pululam nos meios de comunicação os programas que asseveram que o “sucesso” é fruto da determinação pessoal, e mascaram que as vendas do pequeno comércio local são fortemente afetadas por uma crise qualquer no mercado agrícola local, fortemente exportador e, portanto, sujeito aos ventos da economia mundial. Como pode o pequeno fabricante e vendedor de queijos de produção artesanal, vendidos porta a porta, perceber que sua produção e suas vendas podem ser afetadas pelas novas regras de importação de laticínios da União Européia, que afetam as normas sanitárias brasileiras e impõem um novo padrão de produção, se este pequeno produtor, com escolarização precária, sequer é capaz de acompanhar o noticiário escrito?

Ora, em sentido contrário, a realidade se impõe utilizando-se do modelo rizomático proposto por Deleuze e Guattari<sup>9</sup>. Não há uma estrutura centralizada, arborescente, mas descentralizada, subterrânea, como um rizoma. Perceber o rizoma implica em cavar, no entanto, a multiplicidade de opiniões apenas encobre mais ainda o rizoma, sobrepondo camadas e camadas de dados e argumentos, que dissimulam a historicidade e simulam uma hiper-realidade. Aqui vale a explicação de Baudrillard<sup>10</sup>: “Dissimular é fingir não ter o que se tem. Simular é fingir ter o que não se tem.”

Mas como bem lembra Jeannette Maman:

Nossa existência é temporal, a história é o conteúdo fático, feito de acontecimentos que se situam nessa experiência humana, que tem uma memória ou presença do passado e uma projeção para o futuro – não é a história do ponto de vista transcendental, é a história efetual<sup>11</sup>.

Não podemos, assim, queremos negar os fatos, quer os conheçamos ou não. Mesmo que queiramos chamar de empreendedor o pequeno empresariado, não podemos atribuir-lhe a capacidade empreendedora. Constituem apenas um grupo especial dentro daquela classe que normalmente chamamos de proletariado, aqueles que trocam sua mão-de-obra por uma remuneração, aqueles que outrora eram chamados de operários qualificados, de trabalhadores qualificados. Aqueles que não participam dos grandes lucros, não correm o risco do sucesso, apenas dividem o risco do fracasso.

---

<sup>9</sup> DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Tradução Peter Pál Pelbart e Janice Caiafa. São Paulo: Editora 34, 1997, v. 1.

<sup>10</sup> BAUDRILLARD, Jean, op. cit., p. 7.

<sup>11</sup> MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2000. p. 54.

## Conclusão

O custo de ignorar sua própria história é repetir sempre os mesmos erros. A ignorância dos pequenos empreendedores de Catanduva custa-lhe a viabilidade dos seus empreendimentos, o que é percebido apenas como fracasso pessoal, como incapacidade para a atividade econômica, para a retro-alimentação de um generalizado e difuso complexo de inferioridade em relação aos atores econômicos de cidades maiores. E então sempre se repete o bordão “Em Catanduva nada dá certo!”.

Pode-se reverter esse quadro? Sim, pode-se. Mas não apenas com paliativos cursos rápidos de empreendedorismo que apenas reproduzam técnicas mínimas de administração de empresas (o que, diga-se de passagem, é o que fazem os cursos de administração de empresas em geral aqui no Brasil), mas com o fornecimento das ferramentas de leitura dos fatos do mundo, o que implica em conhecimentos que vão da economia e do direito até os limites da filosofia (como o fazem os cursos de administração de empresas dos países de centro, principalmente nos Estados Unidos da América, Canadá e Europa Ocidental). Se o conhecimento em demasia não leva à felicidade, por outro lado sua ausência quase sempre leva à tragédia. Conhecer e aprender é preciso.

O primeiro passo para se tomar as rédeas da própria vida é tomar ciência das suas condições e contradições. A verdadeira liberdade (inclusive a de empreender) não consiste apenas em fazer escolhas, mas conseguir realizar suas próprias possibilidades. Mas com fazê-lo sem sequer ter consciência das próprias condições de existência?

\*

## Bibliografia

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulação*. Tradução Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio d'Água, 1991.
- CORRÊA DE LACERDA, Antônio et al. *Economia brasileira*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GASPARI, Elio. A "coisa" está aí, para comer quem não a vê. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 03 ago. 2008. p. A12.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Tradução Peter Pál Pelbart e Janice Caiafa. São Paulo: Editora 34, 1997, v. 1.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- HEILBRONER, Robert L. *A formação da sociedade econômica*. São Paulo: LTC, 1987.
- MAMAN, Jeannette Antonios, *Fenomenologia existencial do direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2000.
- MAMEDE, Gladston. *Direito societário: sociedades simples e empresárias*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MARX, Karl. Para a crítica da economia política. Tradução Edgard Malagodi. In: FLORIDO, Janice. *Marx*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 32. (Coleção Os Pensadores).
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- VASCONCELOS, Marco A. S. de; GREMAUD, Amaury P.; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia brasileira contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.





# Consciência política e cidadania no município de Catanduva/SP

**CAMILO ONODA LUIZ CALDAS (autor e organizador)**

*Mestre em Direito Político e Econômico – Universidade Presbiteriana Mackenzie.*

*Professor de Ciência Política do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino e da Universidade São Judas. Advogado.*

*CO-AUTORES: Andrey Garcia, Bianca Garcia de Oliveira, Bruno Quiudini, Cássia Fuser, Diego Villela, Edison Katsumi Miyada Jr., Eliane Aparecida Moreli Porceban, José Eduardo Mathias, Everton Paulo Tinte, Leticia Colombo, Luciana Hipólito, Luciana Maria de Oliveira, Luís Paulo Furlan Financi, Luiz Carlos Financi, Renan Bataglia Barreira e Renan Coltri Barros.*

**Resumo:** O presente artigo, de autoria coletiva, trata da consciência política dos cidadãos de Catanduva, município localizado no noroeste do estado de São Paulo. O trabalho é resultado de pesquisa de campo realizada pelos alunos do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino. Quatro temas foram pesquisados: as opiniões dos cidadãos sobre a importância do voto; a memória dos eleitores a respeito dos representantes políticos para os quais votaram; os meios e o grau de interesse e de informação sobre política e a interação dos cidadãos catanduvenses com seus vereadores.

**Palavras-chave:** Catanduva; Consciência Política; Democracia; Cidadania; Direito.

**Abstract:** The present article, collectively written, deals with political consciousness in Catanduva, a city located in the NorthWestern region of São Paulo State. The article is a result of Law students field research at Faculdades Integradas Padre Albino. Four themes were surveyed: the importance of voting for local Citizens; their memory ability to remember to whom they voted for; the forms and interest degree on getting information about politics and Catanduva Citizens interaction to the city councilors.

**Key-words:** Catanduva; Political Consciousness; Democracy; Citizenship; Law.

## 1. Introdução

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, tivemos a restauração de alguns mecanismos da democracia. Os mandatos de representantes políticos desde então são exercidos por cidadãos eleitos pelo sufrágio universal, secreto e direto.

Contudo, a mera existência de tais direitos não garante a concretização da democracia, se outras condições mínimas não forem observadas, dentre as quais a conscientização dos cidadãos a respeito da importância do voto, da política, das instituições e dos agentes políticos existentes.

A presente pesquisa procura colher informações para avaliar o nível de consciência política dos habitantes do município de Catanduva/SP, permitindo assim mensurar o conhecimento e envolvimento do cidadão catanduvense com questões relativas à política.

## 2. Objetivos

O objetivo da pesquisa foi avaliar como e em que medida os habitantes do município de Catanduva, localizada no interior de São Paulo, conhecem e envolvem-se com a política. Pretendeu-se, assim, por meio de metodologia adequada, obter uma mensuração do grau de consciência política dos cidadãos catanduvenses sobre a política. Para isso foi utilizado um questionário no qual as perguntas foram divididas em quatro blocos: (a) democracia e voto: com perguntas sobre a importância do voto e da democracia; (b) eleições: com perguntas para avaliar a memória do cidadão a respeito dos seus representantes políticos atuais e de suas escolhas nas últimas eleições; (c) consciência política em geral: com perguntas para saber como e em que medida os cidadãos se interessam sobre política e (d) consciência política municipal: com perguntas para saber em que medida, o porquê e como eles interagem com os vereadores municipais. Nesta oportunidade, são apresentadas apenas parte das informações coletadas.

## 3. Metodologia

Os resultados apresentados foram obtidos por meio de pesquisa de campo. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>1</sup>, a população estimada de Catanduva para 2006 era de 116.984. A amostra selecionada para a pesquisa foi de 288 questionários, de modo a respeitar os perfis de sexo, idade, escolaridade e renda dos habitantes do município. Assim, a amostra em questão procurou se equiparar à proporção de cidadãos em cada uma dessas variáveis<sup>2</sup>. Numa primeira etapa, foram elaborados questionários preliminares, estes foram testados e, posteriormente, avaliados e corrigidos para se tornarem mais adequados. Ao final, optou-se por um questionário no qual as respostas fossem de múltipla escolha. Os alunos pesquisadores foram organizados em grupos e utilizaram os questionários para a coleta de dados. Uma vez colhidas as informações, os questionários foram conferidos e as respostas transformadas em dados estatísticos. Os resultados foram interpretados pelos pesquisadores, dando origem ao presente artigo.

---

<sup>1</sup>INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa\\_2006/estimativa.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa_2006/estimativa.shtm)>. Acesso em: 05 ago. 2008.

<sup>2</sup> Desse modo, o perfil em questão é de 49% de homens e 51% de mulheres. Com relação à idade, 30% entre 18 e 30 anos; 40% entre 30 e 50 anos; e 30% com mais de 50 anos. Quanto à escolaridade, 22% sem escolaridade ou com ensino fundamental incompleto; 35% com fundamental completo ou ensino médio incompleto; 36% com ensino médio completo ou superior incompleto; e 7% com ensino superior completo. Relativamente à renda, 42% com renda até 2 salários mínimos; 35% entre 2 a 5 salários mínimos; 14% entre 5 a 10 salários mínimos e 8% acima de 10 salários mínimos.

## 4. Democracia e Voto

### 4.1 Importância do direito ao voto

O questionário apresentando aos entrevistados continha a seguinte pergunta:

Tabela 1

Qual a importância do direito ao voto para você?	
Muito importante	59,72%
Mais ou menos importante	18,06%
Pouco importante	10,42%
Sem importância	11,11%
Não responderam <sup>3</sup>	0,69%

Podemos inferir, neste caso, que uma considerável parcela da população atribui importância ao sufrágio, considerado um dos instrumentos importantes da democracia. No entanto, notamos que uma quantidade significativa de pessoas considera o voto pouco ou nada importante, juntos, eles totalizam 21,53%. Esta resposta aponta que um grande segmento dos cidadãos possui uma forte descrença acerca deste direito, o que pode ser um reflexo da própria descrença na política. Detalhando as respostas dos entrevistados de acordo com seus perfis, temos o seguinte:

Tabela 2

Qual a importância do direito ao voto para você?	Muito importante	Mais ou menos importante	Pouco importante	Sem importância
<b>Por sexo</b>				
Masculino	60,26%	17,31%	8,97%	12,82%
Feminino	59,54%	18,32%	12,21%	9,16%
<b>Por idade</b>				
De 18 a 30 anos	72,38%	12,38%	7,62%	6,67%
De 30 a 50 anos	54,37%	20,39%	12,62%	11,65%
Mais de 50 anos	50,00%	22,50%	11,25%	16,25%
<b>Por escolaridade</b>				
Sem escolaridade ou Fundamental incompleto	44,68%	25,53%	12,77%	17,02%
Fundamental completo ou médio incompleto	40,35%	29,82%	14,04%	15,79%
Médio completo ou superior incompleto	66,43%	14,69%	10,49%	6,99%
Superior completo	82,05%	5,13%	0,00%	12,82%
<b>Por renda</b>				
Até 2 Salários mínimos	36,36%	28,79%	13,64%	21,21%
Mais de 2 até 5 salários mín.	52,54%	22,03%	14,41%	9,32%
Mais de 5 até 10 salários mín.	84,13%	6,35%	3,17%	6,35%
Mais de 10 salários mín.	83,33%	5,56%	5,56%	5,56%

<sup>3</sup> O índice deve ser considerado de 0% (zero por cento), quando não aparecer nas tabelas ora apresentadas.

Com relação aos perfis por idade, podemos notar que os mais jovens valorizam mais o voto, pois entre os que têm de 18 a 30 anos 72,38% consideram o voto “muito importante”, enquanto que entre aqueles que têm de 30 a 50 anos esse percentual cai para 54,37% e, finalmente, entre os que têm mais de 50 anos o índice se reduz para 50%. Provavelmente, as pessoas mais jovens têm mais esperança de que seja possível empreender mudanças por meio do voto, enquanto que as pessoas mais vividas podem ter pedido a crença no poder do sufrágio, em decorrência de repetidas frustrações de expectativas em eleições anteriores.

Com relação ao perfil de escolaridade, vemos claramente que as pessoas que possuem mais escolaridade consideram o voto mais importante. Entre as pessoas que possuem curso superior completo, 82,05% consideram o voto muito importante, enquanto que entre os têm menor escolaridade o índice cai para cerca da metade: 44,68% para os cidadãos sem escolaridade ou com fundamental incompleto e 40,35% entre os que têm fundamental completo ou médio incompleto.

Considerando a renda familiar dos entrevistados, podemos perceber que os cidadãos que consideram o voto “muito importante” são os que possuem renda mais elevada. O índice fica em torno de 84% entre os cidadãos cuja renda familiar é de 5 a 10 salários mínimos (SM) ou acima de 10 SM. Já entre aqueles cuja renda familiar é inferior a 2 SM o índice cai para apenas 36%.

## 5. Memória eleitoral

O questionário da pesquisa continha as seguintes perguntas:

Tabela 3

Você se lembra em quem você votou na eleição passada para:	Senador	Deputado federal	Deputado estadual	Prefeito	Vereador
Sim	66,32%	64,58%	69,79%	87,50%	67,51%
Sim, mas sem certeza	5,90%	6,94%	6,25%	0,69%	4,51%
Não	22,22%	23,26%	19,10%	7,29%	22,22%
Não responderam	5,56%	5,21%	4,86%	4,51%	5,56%

Os dados indicam uma memória equivalente para os níveis nacionais, estaduais e municipais, contudo, considerando que a pesquisa foi realizada no início de 2007, a proximidade com as eleições estaduais e federais (ocorridas no final do ano de 2006) tornava mais fácil a recordação de voto nestes níveis. No nível municipal, os cidadãos possuem uma memória melhor com relação ao poder executivo, em detrimento do legislativo. Uma provável explicação para

isso seria o fato de que os cidadãos acreditam serem mais diretamente influenciados pelas decisões políticas da prefeitura municipal, em detrimento da câmara municipal de vereadores.

## 5.1 Importância de lembrar em quem votou

O questionário da pesquisa continha a seguinte pergunta:

Tabela 4

Qual a importância de lembrar em quem você votou na eleição passada?	
Muito importante	64,93%
Mais ou menos importante	21,53%
Pouco importante	6,25%
Sem importância	5,90%
Não responderam	1,39%

Nota-se que o número de pessoas que julga muito importante tem certa semelhança com o número dos que se recordam para quem votou. No detalhamento das respostas, vê-se o seguinte:

Tabela 5

Qual a importância de lembrar em quem você votou na eleição passada?				
Por sexo	Muito importante	Mais ou menos importante	Pouco importante	Sem importância
Masculino	66,67%	20,51%	5,77%	6,41%
Feminino	63,36%	22,14%	6,87%	5,34%
Por idade				
De 18 a 30 anos	76,19%	17,14%	3,81%	1,90%
De 30 a 50 anos	61,17%	19,42%	9,71%	8,74%
Mais de 50 anos	55,00%	30,00%	5,00%	7,50%
Por escolaridade				
Sem escolaridade ou Fundamental incompleto	48,94%	36,17%	4,26%	6,38%
Fundamental completo ou médio incompleto	47,37%	28,07%	15,79%	8,77%
Médio completo ou superior incompleto	69,23%	18,18%	4,90%	6,29%
Superior completo	92,31%	7,69%	0,00%	0,00%
Por renda				
Até 2 salários mínimos	48,48%	31,82%	9,09%	6,06%
Mais de 2 até 5 salários mínimos	60,17%	24,58%	10,17%	4,24%
Mais de 5 até 10 salários mínimos	79,37%	12,70%	0,00%	7,94%
Mais de 10 salários mínimos	86,11%	8,33%	0,00%	5,56%

O índice dos que acreditam ser muito importante lembrar em quem votou é mais elevado entre aqueles que têm entre 18 a 30 anos (76,19%). Entre as pessoas de 30 a 50 de idade, o índice cai para 61,17% e entre aqueles que têm mais de 50,

reduz-se para 55%. Estes dados coincidem com a crença dos jovens e descrença dos mais idosos, na importância do voto, apontada anteriormente.

Os entrevistados que responderam que é muito importante lembrar em quem votou na eleição passada em sua esmagadora maioria foram os cidadãos com nível superior: 92,31% respondendo ser “muito importante” (e nenhum entrevistado deste perfil respondeu “sem importância” ou “pouco importante”). Entre as pessoas com ensino médio completo ou superior incompleto, esse percentual caiu para 69,23%. Nos dois últimos níveis de escolaridade, (cidadãos com fundamental completo e ensino médio completo; e os com fundamental incompleto e sem escolaridade) esse número fica praticamente empatado, variando em torno de 48% (sendo 47,37% para os primeiros e 48,94% para os segundos). Conclusão: os cidadãos com maior escolaridade atribuem maior importância à memória eleitoral.

Quanto à renda, podemos perceber que entre os cidadãos com renda familiar superior a 10 salários mínimos, 86% acham muito importante lembrar em que votaram. Entre os que têm renda familiar entre 5 e 10 salários mínimos, esse número cai um pouco, 80%. A queda mais acentuada verifica-se entre aqueles com renda familiar entre 2 a 5 salários mínimos (60% acham muito importante se lembrar) e inferior a 2 salários mínimos, apenas 48,48%, menos que a metade. As respostas de acordo com a renda familiar seguem um padrão muito semelhante ao da escolaridade.

## 6. Consciência Política Geral

### 6.1 Nível de informação sobre política

O questionário apresentando aos entrevistados continha a seguinte pergunta:

**Tabela 6**

Sobre política, você se considera:	
Bem informado	11,81%
Mais ou menos informado	45,14%
Pouco informado	34,38%
Nada informado	8,68%

Curiosamente, os cidadãos reconhecem a importância do voto (quase 60% consideram muito importante), mas, contraditoriamente, não se preocupam em se informar adequadamente a respeito da política. Apenas uma pequena minoria de 11,81% declara-se bem informados.

Analisando as respostas dos entrevistados de acordo com seus perfis, temos o seguinte:

Tabela 7

Sobre política, você se considera:	Bem informado	Mais ou menos informado	Pouco informado	Nada informado
<b>Por sexo</b>				
Masculino	17,31%	45,51%	29,49%	7,69%
Feminino	5,34%	45,04%	39,69%	9,92%
<b>Por idade</b>				
De 18 a 30 anos	6,67%	51,43%	34,29%	7,62%
De 30 a 50 anos	14,56%	44,66%	34,95%	5,83%
Mais de 50 anos	15,00%	37,50%	33,75%	13,75%
<b>Por escolaridade</b>				
Sem escolaridade ou Fundamental incompleto	2,13%	40,43%	38,30%	19,15%
Fundamental completo ou médio incompleto	10,53%	24,56%	52,63%	12,28%
Médio completo ou superior incompleto	11,89%	53,85%	29,37%	4,90%
Superior completo	25,64%	48,72%	20,51%	5,13%
<b>Por renda</b>				
Até 2 Salários mínimos	4,55%	36,36%	45,45%	13,64%
Mais de 2 até 5 salários mín.	6,78%	39,83%	42,37%	11,02%
Mais de 5 até 10 salários mín.	22,22%	52,38%	20,63%	4,76%
Mais de 10 salários min.	22,22%	66,67%	11,11%	0,00%

A porcentagem dos que se consideram bem informados é de 17,31% entre os homens, reduzindo-se para 5,34% entre as mulheres. Por outro lado, 29,49% dos homens se consideram pouco informados, contra 39,69% entre as mulheres.

Com relação ao perfil por idade, podemos notar que apenas 6,67% dos entrevistados de 18 a 30 se consideram bem informados, enquanto que entre os cidadãos de 30 a 50 anos e os maiores de 50 anos, o índice é quase o mesmo, na casa dos 15%. Porém, no outro extremo, entre os que dizem nunca se informar sobre política, o índice é maior entre os que têm mais de 50 anos.

Os que possuem nível superior completo são os que se dizem mais informados: cerca de 25% se dizem bem informados sobre política. Em contraposição, os menos informados são os que não possuem escolaridade ou tem ensino fundamental incompleto: apenas 2,13% consideram-se bem informados. Ademais, entre os cidadãos desse perfil 57,5% consideram-se pouco ou nada informados, índice que cai pela metade (25,5%) entre os que têm ensino superior completo (ainda assim, o percentual pode ser considerado elevado).

Com relação à renda, destaca-se que 22,2% dos cidadãos com renda familiar acima de 10 salários mínimos (SM) ou entre 5 e 10 SM consideram-se bem informados sobre política. Entre os de renda familiar entre 2 a 5 SM esse percentual cai para 6,7%, e para 4,5% entre os de renda familiar inferior a 2 SM. Entre os que se consideram “pouco ou nada informados”, a diferença é ainda mais acentuada de acordo com a renda: entre cidadãos com renda familiar superior a 10 SM, apenas 11% se consideram pouco ou nada informados, enquanto que para os entrevistados de 2 SM esse número sobe para quase 70%.

## 6.2 Frequência de informação sobre política

Foi apresentada a seguinte pergunta:

Tabela 8

Com que frequência você se informa sobre política?	
Diariamente	16,32%
3 a 4 vezes por semana	13,54%
Semanalmente	19,10%
Muito raramente	45,14%
Nunca	5,90%

O primeiro dado que se sobressai é o de que a maioria dos entrevistados (51,04%) muito raramente ou nunca se informa sobre política, enquanto que 29,86% se informam diariamente ou de 3 a 4 vezes por semana.

Interessante perceber que a maioria das pessoas 56,94% se considera bem informada (11,81%) ou mais ou menos informado (45,14%) sobre política, conforme apontado anteriormente, contudo, apenas 48,96% declaram que se informam regularmente sobre o tema, ou seja, há uma diferença de aproximadamente 8% entre tais índices. Há um percentual, portanto, que acredita estar bem informado, ainda que aja neste sentido raramente ou nunca.

Observando-se as respostas na divisão por perfis, temos o seguinte:

Tabela 9

Com que frequência você se informa sobre política?					
Por sexo	Diariamente	3 a 4 vezes por semana	Semanalmente	Muito raramente	Nunca
Masculino	21,15%	14,74%	19,23%	39,10%	5,77%
Feminino	10,69%	12,21%	19,08%	51,91%	6,11%
<b>Por idade</b>					
De 18 a 30 anos	9,52%	17,14%	24,76%	42,86%	5,71%
De 30 a 50 anos	20,39%	15,53%	11,65%	49,51%	2,91%
Mais de 50 anos	20,00%	6,25%	21,25%	42,50%	10,00%
<b>Por escolaridade</b>					
Sem escolaridade ou Fundamental incompleto	6,38%	4,26%	14,89%	61,70%	12,77%
Fundamental completo ou médio incompleto	5,26%	12,28%	15,79%	54,39%	12,28%
Médio completo ou superior incompleto	18,88%	16,08%	23,78%	38,46%	2,80%
Superior completo	35,90%	17,95%	12,82%	33,33%	0,00%
<b>Por renda</b>					
Até 2 Salários mínimos	9,09%	7,58%	15,15%	54,55%	13,64%
Mais de 2 até 5 salários mínimos	10,17%	11,86%	19,49%	52,54%	5,93%
Mais de 5 até 10 salários mínimos	28,57%	22,22%	15,87%	31,75%	1,59%
Mais de 10 salários mínimo	27,78%	16,67%	30,56%	25,00%	0,00%

Aqui é interessante notar que os homens se informam mais diariamente, em torno de 21,15%, enquanto que as mulheres 10,69%. Por volta de 58% das



mulheres raramente ou nunca se informam, enquanto que este índice entre os homens ficou em torno de 45%. Algumas hipóteses poderiam ser levantadas para explicar porque há essa diferença, uma delas seria a dupla jornada vivida por muitas mulheres, o que dificultaria o acesso cotidiano a informações; outra hipótese, seria a associação, preconceituosa, de que política é um questão masculina<sup>4</sup>, diminuindo assim o interesse feminino sobre o assunto.

Com relação ao perfil por idade, a tendência é a mesma da pergunta anterior, 9,52% dos jovens de 18 a 30 declaram se informar diariamente, enquanto que o índice fica em torno de 20% entre os que têm mais de 30 anos. Esse resultado possui uma coerência com o da pergunta anterior, em que os entrevistados avaliavam o quando se consideram informados sobre política.

Quanto à escolaridade, 66,6% das pessoas com nível superior completo acompanham a vida política regularmente, informando-se diariamente, de 3 a 4 vezes por semana, ou semanalmente, enquanto que esse índice cai para 25,5% para pessoas sem escolaridade ou com fundamental incompleto. Com relação a este último perfil, destaca-se ainda que 74,5% dizem que raramente (61,7%) ou nunca (12,77%) informam-se sobre política, índice que se reduz para menos da metade entre aqueles que têm curso superior completo (33,3%), sendo que entre estes ninguém declara que nunca se informa sobre política. Destaca-se ainda que entre os que têm curso superior completo, 35,9% diz se informar diariamente sobre política, todavia, apenas 25% se consideram bem informados sobre o assunto. Sendo assim, curiosamente, mesmo aqueles que dizem se informar diariamente, não se julgam bem informados.

Com relação à renda, 32% das pessoas com renda familiar até 2 salários mínimos dizem se informar sobre política diariamente, de 3 a 4 vezes por semana, ou semanalmente, esse número sobe proporcionalmente de acordo com a renda, 41% entre pessoas de 2 a 5 SM., 66% entre os de 5 a 10 SM, 75% para os de mais de 10 SM. Quanto maior a renda, menor a desinformação, pois apenas 25% das pessoas com mais de 10 SM dizem que muito raramente ou nunca se informam sobre política, contra 68% dentre aqueles com renda familiar até 2 SM.

Renda e escolaridade, novamente, são as duas grandes variáveis que levam o cidadão a se informar mais ou menos sobre política. Ainda que um percentual relativamente elevado de pessoas com nível superior completo (25%) admitam que muito raramente se informam a respeito do tema.

---

<sup>4</sup> No caso de Catanduva, isso pode ser observado na composição da atual Câmara Municipal que possui atualmente onze vereadores: entre 2004 e 2008 todos os mandatos foram exercidos por homens; no último pleito, foi eleita apenas uma mulher. Historicamente, os homens têm predominado quase de maneira absoluta no cenário político catanduvense.

### 6.3 Interesse por notícias de política

O questionário da pesquisa expôs aos entrevistados a seguinte pergunta:

Tabela 10

Você se interessa por notícias de política? <sup>5</sup>				
Não se interessa	22,92%			
Interessa-se:	Muito	Mais ou menos	Pouco	Nada
Internacional	8,68%	23,26%	25,69%	18,06%
Nacional	22,92%	38,19%	12,85%	2,08%
Municipal/Regional	26,74%	35,42%	13,19%	1,39%

Por meio desta pergunta, percebe-se que os cidadãos tendem a se preocupar mais com a política no âmbito municipal/regional, seguido do nacional e por último do internacional, fortalecendo a tese de que as pessoas se preocupam mais com o que acreditam afetá-las mais diretamente. Assim, 26,74% possuem muito interesse na política municipal, enquanto que na nacional este número diminui para 22,92% e internacional para 8,68%. No outro extremo, 43,75% dizem que pouco ou nada se interessam por política internacional, enquanto no caso da nacional este número cai para 14,93%, ficando praticamente empatado com a municipal/regional (14,58%). Outro dado importante para se notar é que uma parcela significativa do povo está totalmente desinteressada dos acontecimentos da política, em torno de 23%. Analisando as respostas dos entrevistados de acordo com seus perfis, encontramos o seguinte:

Tabela 11

Você se interessa por notícias de política?	
Por sexo	Não se interessa
Masculino	19,87%
Feminino	25,95%
Por idade	
De 18 a 30 anos	20,95%
De 30 a 50 anos	19,42%
Mais de 50 anos	30,00%
Por escolaridade	
Sem escolaridade ou Fundamental incompleto	40,43%
Fundamental completo ou médio incompleto	35,09%
Médio completo ou superior incompleto	13,29%
Superior completo	17,95%
Por renda	
Até 2 Salários mínimos	42,42%
Mais de 2 até 5 salários mínimos	23,73%
Mais de 5 até 10 salários mínimos	11,11%
Mais de 10 salários mínimos	2,78%

<sup>5</sup> Neste caso, as respostas sobre o grau de interesse desconsideraram os entrevistados que declararam não se interessar sobre política.

Entre os que declaram não ter interesse por política, nota-se o seguinte:

Entre as mulheres este índice (25,95%) é sensivelmente maior do que entre os homens (19,87%), estatística que se harmoniza com as anteriores, que apontam o gênero masculino preponderando mais no espaço político.

No caso da idade, novamente, os que têm mais de 50 anos revelam novamente que não dão tanta importância para a política, 30% dizem não se interessar pelo assunto, nas demais faixas etárias, o índice de desinteressados é de 20% aproximadamente.

Com relação à escolaridade, também se observa a mesma tendência das perguntas anteriores, quanto maior a escolaridade e a renda familiar, maior o interesse por política, sendo o inverso verdadeiro. No caso dos que não têm escolaridade ou têm fundamental incompleto o desinteresse total chega a 40,43%. Esse índice é inferior à metade entre os que têm ensino médio completo ou superior incompleto (13,29%) ou superior completo (17,95%), sendo curioso notar que o índice do segundo é superior ao do primeiro.

Finalmente, com relação à renda, novamente, percebe-se tendência semelhante à anteriormente mencionada nas demais perguntas: renda menor produz interesse inferior sobre política. 42,42% entre os que têm renda familiar abaixo de 2 salários mínimos dizem não se interessar sobre política, o índice decresce conforme a renda cai, chegando a 2,78% entre os que têm renda familiar superior a 10 salários mínimos. Quanto às demais pergunta, observa-se o seguinte:

Tabela 12

Você se interessa por notícias de política internacional?				
Por sexo	Muito	Mais ou menos	Pouco	Nada
Masculino	10,90%	26,92%	24,36%	16,67%
Feminino	6,11%	19,08%	27,48%	19,85%
Por idade				
De 18 a 30 anos	8,57%	26,67%	31,43%	10,48%
De 30 a 50 anos	8,74%	24,27%	25,24%	20,39%
Mais de 50 anos	8,75%	17,50%	18,75%	25,00%
Por escolaridade				
Sem escolaridade ou Fundamental incompleto	0,00%	8,51%	23,40%	27,66%
Fundamental completo ou médio incompleto	3,51%	8,77%	21,05%	28,07%
Médio completo ou superior incompleto	11,89%	30,77%	27,97%	14,69%
Superior completo	15,38%	35,90%	25,64%	5,13%
Por renda				
Até 2 Salários mínimos	1,52%	9,09%	24,24%	21,21%
Mais de 2 até 5 salários mín.	5,93%	18,64%	27,12%	23,73%
Mais de 5 até 10 salários mín.	9,52%	39,68%	25,40%	12,70%
Mais de 10 salários min.	30,56%	33,33%	27,78%	2,78%

Ainda com relação ao interesse sobre notícias de política, as respostas foram:

Tabela 13

Você se interessa por notícias de política nacional?				
Por sexo	Muito	Mais ou menos	Pouco	Nada
Masculino	27,56%	39,74%	10,26%	1,92%
Feminino	17,56%	36,64%	16,03%	2,29%
Por idade				
De 18 a 30 anos	20,00%	40,95%	16,19%	0,00%
De 30 a 50 anos	28,16%	38,83%	10,68%	1,94%
Mais de 50 anos	20,00%	33,75%	11,25%	5,00%
Por escolaridade				
Sem escolaridade ou Fundamental incompleto	6,38%	29,79%	17,02%	6,38%
Fundamental completo ou médio incompleto	12,28%	31,58%	15,79%	3,51%
Médio completo ou superior incompleto	27,97%	45,45%	11,19%	0,70%
Superior completo	41,03%	33,33%	7,69%	0,00%
Por renda				
Até 2 Salários mínimos	9,09%	24,24%	18,18%	4,55%
Mais de 2 até 5 salários mín.	18,64%	38,14%	16,10%	2,54%
Mais de 5 até 10 salários mín.	33,33%	46,03%	9,52%	0,00%
Mais de 10 salários min.	41,67%	52,78%	0,00%	0,00%

Tabela 14

Você se interessa por notícias de política municipal?				
Por sexo	Muito	Mais ou menos	Pouco	Nada
Masculino	31,41%	35,90%	10,90%	1,28%
Feminino	21,37%	35,11%	16,03%	1,53%
Por idade				
De 18 a 30 anos	21,90%	37,14%	20,00%	0,00%
De 30 a 50 anos	26,21%	42,72%	10,68%	0,97%
Mais de 50 anos	33,75%	23,75%	7,50%	3,75%
Por escolaridade				
Sem escolaridade ou Fundamental incompleto	25,53%	25,53%	8,51%	0,00%
Fundamental completo ou médio incompleto	24,56%	21,05%	15,79%	3,51%
Médio completo ou superior incompleto	23,78%	44,76%	16,08%	1,40%
Superior completo	43,59%	33,33%	5,13%	0,00%
Por renda				
Até 2 Salários mínimos	22,73%	22,73%	10,61%	1,52%
Mais de 2 até 5 salários mín.	23,73%	37,29%	12,71%	1,69%
Mais de 5 até 10 salários mín.	31,75%	41,27%	14,29%	1,59%
Mais de 10 salários min.	36,11%	44,44%	16,67%	0,00%

Interessante notar que os dados respondidos estão de acordo com aquilo que as mulheres responderam nas perguntas anteriores, pois em todos os índices os homens ficam com uma porcentagem superior, demonstrando que os homens se interessam mais por política: 6,11% das mulheres responderam muito para política internacional, contra 10,90% dos homens; 17,56% das mulheres responderam muito para política nacional, contra 27,56% dos homens; 21,37% das mulheres responderam muito para política regional e municipal, contra 31,41% dos homens.

Quanto ao perfil etário, os cidadãos com mais de 50 anos predominam quando se trata de dizer que nada se interessam por política (em qualquer um dos níveis), contudo, quando se trata de política municipal, 33,75% dizem se interessar muito, superando assim aqueles que estão na faixa etária entre 18 e 30 anos (21,9%) e entre 30 e 50 anos (26,32%).

Quanto ao perfil por escolaridade, os mesmos padrões anteriores verificam-se, com destaque para o seguinte: quando se trata de política municipal, os três níveis inferiores de escolaridade têm quase o mesmo índice para dizer que se interessam *muito* por política (em torno de 24%), entre os que têm nível superior completo o índice é de 43,59%. Porém, quando se trata de política internacional, entre os que não têm escolaridade ou têm fundamental incompleto, ninguém se diz muito interessado em política internacional.

Com relação à renda, também temos padrões bastante semelhantes aos anteriores, quanto maior a renda, maior o interesse. No caso da política internacional, a discrepância é muito maior: entre os que têm nível superior, há muito interesse por cerca de 30,56% dos entrevistados, nos demais perfis, o índice, em nenhum caso, ultrapassa 10%, sendo de 1,52% entre os mais pobres.

## 7. Consciência Política Municipal

### 7.1 Frequência de acompanhamento do vereador

Sobre este tema foi apresentada a seguinte pergunta aos entrevistados:

Tabela 15

Com que frequência você acompanha a atuação do vereador para o qual você votou? <sup>6</sup>	
Freqüentemente	17,27%
Raramente	50,91%
Nunca	31,82%

Considerando que Catanduva é um município de porte médio, a resposta mostra o descaso dos cidadãos com os representantes políticos. Quase um terço da população afirma que nunca acompanha a atuação do vereador que elegeu e, metade raramente o faz, totalizando assim 82,73% de cidadãos que se omitem em certa medida neste ponto. É interessante confrontar esta resposta com aquela dada à primeira pergunta sobre a importância do voto. Nota-se que quase 60% dos eleitores consideram muito importante o voto, mas apenas 17,27% acompanham com frequência a atuação do vereador que elegeu. Isso parece mostrar que os cidadãos consideram importante eleger os representantes

<sup>6</sup> Essa pergunta foi feita para um universo de 38,19% dos entrevistados, pois foram considerados apenas os cidadãos que tiveram seus candidatos a vereador eleitos no pleito de 2004.

políticos, mas uma vez eleitos, não se procura saber como os mandatários estão desempenhando suas funções.

De acordo com os perfis dos entrevistados, observa-se o seguinte:

Tabela 16

Com que frequência você acompanha a atuação do vereador para o qual você votou?	Freqüentemente	Raramente	Nunca
<b>Por sexo</b>			
Masculino	19,35%	43,55%	37,10%
Feminino	14,89%	61,70%	23,40%
<b>Por idade</b>			
De 18 a 30 anos	14,29%	60,00%	25,71%
De 30 a 50 anos	25,00%	40,38%	34,62%
Mais de 50 anos	4,35%	60,87%	34,78%
<b>Por escolaridade</b>			
Sem escolaridade ou Fundamental incompleto	0,00%	57,14%	42,86%
Fundamental completo ou médio incompleto	7,14%	50,00%	42,86%
Médio completo ou superior incompleto	17,24%	53,45%	29,31%
Superior completo	43,75%	37,50%	18,75%
<b>Por renda</b>			
Até 2 Salários mínimos	13,33%	46,67%	40,00%
Mais de 2 até 5 salários mín.	2,33%	55,81%	41,86%
Mais de 5 até 10 salários mín.	38,46%	42,31%	19,23%
Mais de 10 salários min.	40,00%	60,00%	0,00%

Neste caso, considerando o gênero, o índice dos que dizem acompanhar com frequência os vereadores que elegeram é superior entre os homens (19,35%) do que entre as mulheres (14,89%). Contudo, entre os homens também há um índice maior que dizem nunca acompanhar o vereador que elegeram, são cerca de 37% contra 23,40% no caso das mulheres.

Com relação ao perfil etário, aqueles entre 30 e 50 anos são os que mais acompanham os vereadores (25% dizem “freqüentemente”), contra 14,29% dos entrevistados de 18 a 30 anos e 4,35% dos acima de 50 anos.

Com relação à escolaridade, nenhuma das pessoas sem escolaridade ou com ensino fundamental incompleto acompanha os vereadores freqüentemente. Entre os que têm fundamental completo e ensino médio incompleto esse índice sobre para 7,14%, e entre os que têm ensino médio completo ou superior incompleto atinge-se 17,24%. Novamente, o maior número de pessoas que acompanham com frequência os vereadores são as que têm ensino superior completo, com 43,75%.

No caso da renda a correlação não é perfeitamente escalonada, mas há dois blocos distintos: os que têm mais renda acompanham com muito mais frequência seus vereadores. Entre os que têm renda familiar superior a 10 salários mínimos, nenhum entrevistado disse que nunca acompanha o vereador

que elegeu e cerca de 40% dizem que o fazem com frequência, índice semelhante aos de renda entre 5 e 10 salários mínimos. No outro extremo, entre os cidadãos com renda familiar inferior a 2 salários mínimos e entre os com renda entre 2 e 5 salários mínimos, os índices ficam quase empatados (40% e 41,86% respectivamente).

Renda e escolaridade, novamente, apontam para um distanciamento ou aproximação da política.

## 7.2 Contato com vereador de Catanduva

Foi apresentada a seguinte pergunta:

**Tabela 17**

Você já procurou entrar em contato com algum vereador de Catanduva?	
Sim	20,83%
Não	79,17%

Considerando o porte do município, a maioria dos cidadãos não teria dificuldade em tentar contatar os vereadores, mas elas nunca tentaram entrar em contato.

Considerando as características dos entrevistados nesta pesquisa, foram encontradas as seguintes respostas:

**Tabela 18**

Você já procurou entrar em contato com algum vereador de Catanduva?	Sim	Não
<b>Por sexo</b>		
Masculino	25,00%	75,00%
Feminino	16,03%	83,97%
<b>Por idade</b>		
De 18 a 30 anos	12,38%	87,62%
De 30 a 50 anos	26,21%	73,79%
Mais de 50 anos	25,00%	75,00%
<b>Por escolaridade</b>		
Sem escolaridade ou Fundamental incompleto	17,02%	82,98%
Fundamental completo ou médio incompleto	24,56%	75,44%
Médio completo ou superior incompleto	20,98%	79,02%
Superior completo	20,51%	79,49%
<b>Por renda</b>		
Até 2 Salários mínimos	18,18%	81,82%
Mais de 2 até 5 salários mín.	19,49%	80,51%
Mais de 5 até 10 salários mín.	31,75%	68,25%
Mais de 10 salários mín.	13,89%	86,11%

Podemos perceber que os homens entram mais em contato como vereadores, pois 25% dos homens responderam que “sim”, enquanto para as mulheres o número é de 16,03%.

No caso desta pergunta, as variáveis de escolaridade e renda não parecem mostrar um padrão explicativo para as condutas dos cidadãos, os índices são bem parecidos. A única variação significativa é que as pessoas com renda maior que 10 salários mínimos são as que menos acompanham os vereadores eleitos, sequer atingindo 14%, uma hipótese explicativa para isso, é o fato de que a maioria dos cidadãos procura os vereadores para tratar de questões pessoais ou comunitárias (conforme veremos a seguir), o que levaria os mais abastados a se motivarem menos a contatar os vereadores, por vivenciarem menos problemas desta natureza.

### 7.3 Motivos para não entrar em contato com vereador

O questionário da pesquisa continha a seguinte pergunta:

Tabela 19

Por que você nunca procurou entrar em contato com algum vereador?	
Não é o vereador que votou	12,28%
Nunca achou necessário	42,54%
Não conhece pessoalmente	7,02%
Seria inútil	24,02%
Não seria atendido	8,33%
Não sabe com fazer	3,95%
Outra	1,75%

A maioria relativa de 42,54% de pessoas nunca achou necessário procurar um vereador. Esta resposta pode ter duas explicações: o cidadão poderia estar plenamente satisfeito com a atuação de seus parlamentares, contudo, diversas evidências cotidianas poderiam colocar essa hipótese em dúvida; a explicação mais aceitável é de que os cidadãos têm uma visão de que a cidadania consiste no poder de eleger representantes, mas não de atuar junto deles.

Essa hipótese é corroborada pelo fato de que 24,02% justificaram sua inércia dizendo que isso seria inútil. Isso revela a descrença do cidadão de que ele tem o poder de interferir nas decisões dos parlamentares, mesmo quando se trata do nível municipal.

Cerca de 12% dos cidadãos dizem que nunca entraram em contato com um vereador, porque não votou em nenhum daqueles que se encontra na Câmara Municipal. Essa explicação faz parecer que o cidadão crê que o representante político é aquele que foi eleito pelo voto dele e não aquele que exerce um mandato político, como bem explica o Professor Dalmo de Abreu Dallari: “embora o mandato seja

<sup>7</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 159.



obtido por um certo número de votos, ele não está vinculado a determinados eleitores, não se podendo dizer qual o mandato conferido por certos cidadãos”<sup>7</sup>.

Há ainda duas respostas com índices significativos que chamam a atenção. A primeira delas, diz respeito a 7,02% de cidadãos que dizem não procurar os vereadores por não conhecê-los pessoalmente, como se a cidadania, simplesmente, não os vinculasse aos seus representantes políticos. Outros 8,33% acreditam que não seriam atendidos pelos vereadores, o que também revela uma descrença dos cidadãos a respeito das suas possibilidades de interagirem com seus representantes políticos.

Finalmente, há que se considerar que o porte do município, talvez faça com que os cidadãos encaminhem certas queixas e sugestões por intermédio da Prefeitura e não da Câmara Municipal.

As respostas de acordo os perfis dos entrevistados revelam o seguinte:

Tabela 20

Por que você nunca procurou entrar em contato com algum vereador?							
Por sexo	Não é o vereador que votou	Nunca achou necessário	Não conhece pessoalmente	Seria inútil atendido	Não seria como fazer	Não sabe respostas	Outras
Masculino	14,66%	44,83%	4,31%	23,28%	4,31%	6,03%	2,59%
Feminino	9,91%	40,54%	9,91%	24,32%	12,61%	1,80%	0,90%
<b>Por idade</b>							
De 18 a 30 anos	9,78%	43,48%	10,87%	21,74%	9,78%	2,17%	2,17%
De 30 a 50 anos	12,99%	42,86%	3,90%	24,68%	7,79%	6,49%	1,30%
Mais de 50 anos	15,25%	40,68%	5,08%	27,12%	6,78%	3,39%	1,69%
<b>Por escolaridade</b>							
Sem escolaridade ou fundamental incompleto	15,38%	35,90%	5,13%	33,33%	7,69%	2,56%	0,00%
Fundamental completo ou médio incompleto	9,52%	33,33%	4,76%	28,57%	14,29%	9,52%	0,00%
Médio completo ou superior incompleto	9,65%	48,25%	8,77%	22,81%	6,14%	3,51%	0,88%
Superior completo	22,58%	45,16%	3,23%	12,90%	6,45%	0,00%	9,68%
<b>Por renda</b>							
Até 2 Salários mínimos	7,41%	38,89%	5,56%	29,63%	7,41%	9,26%	1,85%
Mais de 2 até 5 salários mínimos	11,58%	36,84%	6,32%	29,47%	12,63%	3,16%	0,00%
Mais de 5 até 10 salários mínimos	20,93%	55,81%	6,98%	9,30%	4,65%	0,00%	2,33%
Mais de 10 salários mínimos	9,68%	48,39%	12,90%	16,13%	3,23%	3,23%	6,45%

Alguns dados chamam a atenção. Entre as mulheres, há um índice de 12,61% que acreditam que não seriam atendidas pelos vereadores, enquanto

entre os homens este índice é de 4,31%. Considerando a idade, nota-se que é mais comum entre os mais jovens, em relação aos mais velhos, justificar a ausência de contato alegando não conhecer, pessoalmente, o vereador. A resposta: “seria inútil”, por sua vez, é maior entre os mais velhos em relação aos mais jovens. Na variável escolaridade, nota-se que somente entre os cidadãos com nível superior a ausência de contato com os vereadores nunca é justificada pelo fato de não saberem como fazer isso. Entre as pessoas com menor escolaridade, a justificativa “seria inútil” é de 33,33%, enquanto que entre os com ensino superior completo essa resposta cai para menos da metade: 12,9%. De acordo com a renda, as respostas também variam. Os mais ricos, em relação aos mais pobres, utilizam mais a justificativa de que não procuraram um vereador, porque não acharam necessário. Certamente, porque as mazelas sociais vividas pelos mais pobres impulsionam-nos mais a buscar soluções junto ao poder público. Os cidadãos mais pobres também revelam uma crença menor na utilidade de procurar um vereador. A justificativa “seria inútil” é de 29,63% entre os com renda de até 2 salários mínimos, 29,47% para os de renda entre 2 a 5 SM. Para os de renda entre 5 a 10 SM, o índice cai para 9,30%, elevando-se para 16,13% para os de renda superior a 10 SM.

## 7.4 Motivos para contatar um vereador

O questionário da pesquisa continha perguntas, na quais se solicitava que o entrevistado dissesse um primeiro e um segundo motivo pelo qual procurou entrar em contato com um vereador.

Tabela 21

Por que você entrou em contato com o vereador?	
Primeiro motivo apontado.	
Favor pessoal	40,68%
Pedir algo para a comunidade	18,64%
Fazer sugestão/critica ao vereador	20,34%
Fazer sugestão/crítica Prefeitura	13,56%
Outros motivos	6,78%

Tabela 22

Por que você entrou em contato com o vereador?	
Segundo motivo apontado.	
Favor pessoal	15,91%
Pedir algo para a comunidade	20,45%
Fazer sugestão/critica ao vereador	25,00%
Fazer sugestão/crítica Prefeitura	36,36%
Outros motivos	2,27%

Em primeiro lugar, os cidadãos apontam como primeiro motivo para procurarem o vereador o pedido um favor pessoal (40%). Como segundo motivo, em primeiro lugar, diz-se que seria para fazer uma crítica/sugestão a respeito da prefeitura municipal (36%).

A procura do vereador para lhe fazer uma crítica ou sugestão ocupa a segunda posição como motivo para procurar um vereador, seja como primeiro motivo (20,34%), seja como segundo motivo (25,00%).

É interessante notar, portanto, que dois papéis precípuos são atribuídos aos vereadores: primeiro, servir para a resolução de problemas pessoais; segundo, servir para interagir junto à prefeitura. No primeiro caso, nota-se um empobrecimento de visão a respeito da cidadania e das instituições, que ao invés de serem vistas com instrumentos de resolução de problemas públicos, servem para solução de problemas privados. No segundo caso, percebe-se que o cidadão, de alguma maneira, sente que o vereador seria um interlocutor privilegiado com a prefeitura municipal.

O debate do cidadão com o vereador a respeito do mandato e de suas decisões acaba ocupando um lugar secundário em relação aos dois motivos, anteriormente, apontados.

Percebe-se, ainda, um índice relativamente alto de cidadãos que procuraram os vereadores para resolver problemas comunitários. Seja como primeiro ou segundo motivo, essa justificativa ocupa o terceiro lugar. Com relação às respostas dos entrevistados, por perfis, temos as seguintes:

Tabela 23

Porque você entrou em contato com o vereador?					
Primeiro motivo apontado.					
Por sexo	Favor pessoal	Pedir algo para a comunidade	Sugestão/crítica ao vereador	Sugestão/crítica Prefeitura	Outros
Masculino	36,84%	21,05%	18,42%	15,79%	7,89%
Feminino	47,62%	14,29%	23,81%	9,52%	4,76%
<b>Por idade</b>					
De 18 a 30 anos	30,77%	7,69%	23,08%	23,08%	15,38%
De 30 a 50 anos	48,15%	14,81%	18,52%	14,81%	3,70%
Mais de 50 anos	36,84%	31,58%	21,05%	5,26%	5,26%
<b>Por escolaridade</b>					
Sem escolaridade ou Fundamental incompleto	71,43%	14,29%	0,00%	0,00%	14,29%
Fundamental completo ou médio incompleto	57,14%	21,43%	7,14%	7,14%	7,14%
Médio completo ou superior incompleto	23,33%	20,00%	33,33%	16,67%	6,67%
Superior completo	50,00%	12,50%	12,50%	25,00%	0,00%
<b>Por renda</b>					
Até 2 Salários mínimos	36,36%	36,36%	9,09%	0,00%	18,18%
Mais de 2 até 5 salários mín.	52,17%	8,70%	21,74%	17,39%	0,00%
Mais de 5 até 10 salários mín.	35,00%	25,00%	20,00%	15,00%	5,00%
Mais de 10 salários mínimos	20,00%	0,00%	40,00%	20,00%	20,00%

Como segundo motivo para contatar os vereadores, os entrevistados responderam:

Tabela 24

Porque você entrou em contato com o vereador?					
Segundo motivo apontado.					
Por sexo	Favor pessoal	Pedir algo para a comunidade	Sugestão/crítica ao vereador	Sugestão/crítica Prefeitura	Outros
Masculino	14,81%	18,52%	29,63%	37,04%	0,00%
Feminino	17,65%	23,53%	17,65%	35,29%	5,88%
<b>Por idade</b>					
De 18 a 30 anos	0,00%	9,09%	45,45%	45,45%	0,00%
De 30 a 50 anos	20,00%	20,00%	15,00%	40,00%	5,00%
Mais de 50 anos	23,08%	30,77%	23,08%	23,08%	0,00%
<b>Por escolaridade</b>					
Sem escolaridade ou Fundamental incompleto	33,33%	66,67%	0,00%	0,00%	0,00%
Fundamental completo ou médio incompleto	50,00%	20,00%	10,00%	10,00%	10,00%
Médio completo ou superior incompleto	4,35%	13,04%	30,43%	52,17%	0,00%
Superior completo	0,00%	25,00%	37,50%	37,50%	0,00%
<b>Por renda</b>					
Até 2 Salários mínimos	30,00%	50,00%	10,00%	0,00%	10,00%
Mais de 2 até 5 salários mín.	23,53%	17,65%	17,65%	41,18%	0,00%
Mais de 5 até 10 salários mín.	0,00%	0,00%	42,86%	57,14%	0,00%
Mais de 10 salários mínimos	0,00%	33,33%	33,33%	33,33%	0,00%

No perfil etário, para todas as idades, aparece em primeiro lugar como primeiro motivo “favor pessoal”, sendo mais elevado entre as pessoas entre 18 e 30 anos.

Como segundo, motivo, para pessoas de 18 a 30 anos, 45,45% dizem contatar os vereadores para “fazer sugestão/crítica ao vereador”, índice empatado com “fazer sugestão/crítica Prefeitura”. No perfil de 30 a 50, o segundo motivo com 40% é “fazer sugestão/crítica Prefeitura”, enquanto “fazer sugestão/crítica ao vereador” tem apenas 15%. Acima de 50 de idade, aparece em primeiro lugar, como segundo motivo, “pedir algo para comunidade” (30,77%), e as demais opções ficam empatadas em 23,08%.

Quanto à escolaridade, as pessoas sem escolaridade ou com ensino fundamental incompleto são as que mais contatam os vereadores para pedir favor pessoal (71,43%), enquanto entre cidadãos com fundamental completo ou ensino médio incompleto o índice fica em 57%. No caso, daqueles com ensino médio completo ou superior incompleto nota-se uma variação significativa: apenas 23%, é o único perfil de escolaridade no qual pedir um favor pessoal não é apontado como primeiro motivo procurar um vereador (em primeiro lugar ficou “fazer uma sugestão/crítica ao vereador, com 30%). O índice sobre quando se trata de pessoas com nível superior, 50% apontaram o pedido de favor pessoal como primeiro

motivo para procurar um vereador (contudo, entre estes essa opção nunca aparece como segundo motivo).

Como segundo motivo, entre as pessoas sem escolaridade ou com fundamental incompleto, “pedir algo para a comunidade” aparece em primeiro lugar (66,67%), este índice cai drasticamente entre os entrevistados das demais escolaridades, não ultrapassando 26% em nenhum caso. Quanto à escolaridade, outro dado ganha destaque: entre as pessoas sem escolaridade ou com fundamental incompleto, as opções “fazer sugestão/crítica à Prefeitura” e “fazer sugestão/crítica ao vereador”, não foram mencionadas nem como primeiro motivo, nem como segundo. Já entre as pessoas com ensino médio completo e superior incompleto ou com superior completo essas duas opções aparecem, mas se comparadas com os perfis de baixa escolaridade. Parece, portanto, que, excluída a questão do favor pessoal, os cidadãos com maior escolaridade tenderiam a procurar mais os vereadores para um debate político, enquanto que as pessoas com menor escolaridade se voltariam quase que, exclusivamente, para as questões comunitárias.

Com relação à renda, podemos perceber que entre as pessoas mais pobres, que ganham até 2 salários mínimos, 36,36% contatam os vereadores como primeira opção para “pedir algo para comunidade” empatado com “pedir favor pessoal”. Como segunda opção, pedir algo para a comunidade ficou em primeiro lugar com 50%. São respostas que destoam dos demais perfis. É razoável supor que tais cidadãos vivem nos bairros mais carentes de infra-estrutura, como Jardim Alpino, Eldorado, Bom Pastor etc. que, muitas vezes, não possuem sequer rua asfaltada, coleta de lixo, tratamento de esgoto, postos de saúde etc. Podemos inferir, portanto, que essas pessoas pedem algo pela comunidade pela carência de condições mínimas do local em que vivem, para que possam ter uma vida digna. Mesmo que tais pessoas não estejam guiadas, necessariamente, por uma lógica política, esta é a única faixa de renda que pede algo para comunidade, que busca o interesse coletivo.

Nas demais faixas de renda, destaca-se o seguinte: uma parte significativa de todas as faixas de renda dizem procurar os vereadores para solicitar favores pessoais. Contudo, entre pessoas com renda familiar superior a 10 SM, esse motivo não aparece em primeiro lugar como primeiro motivo e sequer é citado como segundo motivo. Além disso, “pedir algo para a comunidade” não foi citado como primeiro motivo. Finalmente, nota-se que entre os entrevistados deste perfil, “fazer sugestão/crítica ao vereador” destaca-se como primeiro e segundo motivo. Podemos supor que essa variação decorre do fato de tais pessoas não precisarem tanto de favorecimentos pessoais ou de algo para comunidade, em função do padrão de vida que possuem.

Pode-se concluir que a pesquisa confirma a existência do hábito dos cidadãos pedirem aos vereadores favores diversos, uma cesta básica, ajuda pra comprar um remédio, quitar uma dívida, conseguir uma licença etc. Por vezes, ocorre na verdade uma troca de favores, pois o benefício conseguido fica condicionado ao apoio do beneficiado na eleição, votando nele e fazendo campanha a seu favor. Como consequência, a família do beneficiado já fica favorável ao determinado candidato, pois “ele foi o único que se preocupou” ou “ele se preocupa com os mais necessitados” etc. Pelos dados, essa prática está presente não só entre os mais pobres ou menos escolarizados (ainda que seja maior entre eles), como aponta a pesquisa. A diferença talvez esteja, sobretudo, no objeto do favor pessoal. Entre os que têm maior renda e escolaridade, o que se pede é um “cargo de confiança”, concessão de uma obra para sua empresa, coordenação de algum projeto etc.

## Conclusão

A partir dos dados coletados na pesquisa, é possível apresentar algumas conclusões sobre a consciência política dos cidadãos catanduvenses.

As respostas às perguntas formuladas mostram que, no geral, o interesse dos cidadãos sobre política é reduzido, seja considerando sua memória eleitoral ou o nível e a frequência de informação sobre o assunto, seja pela falta de empenho em acompanhar a atuação do legislativo local.

Os dados apresentados também mostram que a pobreza e a baixa escolaridade são dois fatores que levam o cidadão ao desinteresse e à desinformação sobre a política. Por isso, se queremos aprimorar o exercício da cidadania<sup>8</sup>, é preciso melhorar a oferta e a qualidade do ensino público, bem como incrementar a distribuição de renda no país. As ações de conscientização política são importantes, contudo, transformações nas condições materiais e educacionais dos cidadãos seriam capazes de melhorar a qualidade vida dos mesmos, além de aprimorar o exercício das prerrogativas advindas da cidadania.

\*

---

<sup>8</sup> Reconhecemos que as transformações profundas na cidadania dependem de transformações em elementos estruturais. Neste sentido, vide CALDAS, Camilo Onoda. *Perspectivas para o Direito e a cidadania: o pensamento jurídico de Cerroni e o marxismo*. São Paulo: Alfa-Omega, 2006.

## Bibliografia

- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A Cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Ática, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- CALDAS, Camilo Onoda. *Perspectivas para o direito e a cidadania: o pensamento jurídico de Cerroni e o marxismo*. São Paulo: Alfa-Omega, 2006.
- CERRONI, Umberto. *Política: métodos, teorias, processos, sujeitos, instituições e categorias*. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Acesso ao tema da cidadania*. São Paulo: Imprensa Oficial, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2006/estimativa.shtm>>. Acesso em: 05 ago. 2008.
- RESENDE, Ênio J. *Cidadania: o remédio para as doenças culturais brasileiras*. São Paulo: Summus, 1992.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. *Democracia e o Brasil: uma doutrina para a revolução de março*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.





# A construção da cidadania e de uma Teoria Constitucional no Brasil

**HEVERALDO GALVÃO**

*Mestre em Direito – Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp)*

*Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino. Advogado.*

**Resumo:** O presente trabalho tem por escopo analisar alguns aspectos da jurisdição constitucional, da Supremacia Constitucional e a necessidade da construção de uma Teoria da Constituição Brasileira. Buscamos, inicialmente, para contextualização do tema, apresentar os princípios constitucionais. Na seqüência, abordamos a jurisdição constitucional, conceituando-a, demonstrando paralelos com outros países. Posteriormente, passamos a analisar a Teoria da Constituição sob os enfoques do direito americano e alemão, através de uma evolução histórica, e também na perspectiva do Brasil. Analisamos a jurisdição constitucional e a construção de uma moderna Teoria da Constituição em nosso país. Finalmente, apresentamos nossas conclusões.

**Palavras-chave:** Cidadania; Cláusula Pétrea; Constituição; Controle de Constitucionalidade; Mandado de Injunção.

**Abstract:** The present article analyzes some of the Constitutional Jurisdiction aspects, Constitutional Supremacy and the Brazilian Constitutional Theory construction needing. First of all the constitutional principles are presented, in order to contextualize the theme. After that, the Constitutional Jurisdiction is mentioned and classified, showing its difference from other countries. The Constitution Theory is analyzed under the American and German Law, trough a historical evolution as well as in the Brazilian perspective. The Constitutional Jurisdiction and a Modern Constitution Theory in Brazil is checked. Finally, a conclusion is presented.

**Key Words:** Citizenship; Inviolable Clause; Constitution; Constitutional Control; Writ of Mandamus.

## Introdução

Neste trabalho, pretende-se estimular o debate acerca do estreito vínculo entre a jurisdição constitucional e a Teoria da Constituição. O estudo é pertinente, quando analisamos as diversas dimensões e variáveis que os institutos jurídicos apresentam, tal como a possibilidade do diálogo sobre democracia, Constituição, direitos fundamentais, poder de reforma, interpretação constitucional e a formação jurídica. Importante salientar também que, tendo como fundamento a jurisdição constitucional e a disciplina da Teoria da Constituição, estarão abertas as condições para avaliarmos, com certa presteza, o atual processo constitucional brasileiro e seus possíveis impasses após a vigência da Constituição Federal de 1988.

Justifica-se a presente análise, na importância da jurisdição constitucional e da Teoria da Constituição, com sua exata compreensão e aplicação, quando estamos no campo das garantias constitucionais, que são meios utilíssimos para se garantir a eficácia da prestação jurisdicional, propiciando, verdadeira inclusão social de pessoas que

precisam se prevenir de ataques aos seus direitos, cumprindo uma função essencial. E o faremos com uma abordagem, demonstrando que, se bem empregadas, garantem a própria função jurisdicional do Estado. Antes de procedermos ao exame das variáveis que serão apontadas neste trabalho, devemos definir e delimitar os princípios constitucionais, a Teoria da Constituição e a categoria jurisdição constitucional.

## Princípios constitucionais e os direitos fundamentais

O primeiro pressuposto de uma Constituição é a existência da sociedade, a cuja organização jurídica ela se presta como principal instrumento. Essa sociedade deve ser soberana, pois sem soberania não haverá Constituição. Outro pressuposto é que a fonte da soberania seja o povo. O poder constituinte pertence ao povo. A legitimidade da origem da Constituição não é pressuposto de sua validade, ou de sua eficácia: é pressuposto de sua existência. Com a promulgação da Constituição, ela se materializa em um instrumento formal, escrito, com validade de existência.

A tutela jurisdicional não é assegurada apenas para uma função reparatória da lesão já perpetrada ao direito. É também assegurada com caráter preventivo, protegendo-se o direito da ameaça de lesão. Por isso que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal assegura a todos que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, estabelecendo a garantia constitucional do acesso à justiça.

O poder político é relacionado à *polis*: poder particular que, tornando-se hegemônico, passa a ser exercido sobre a sociedade como um todo; ou, em manifestação mais evoluída, poder associativo, expressão dos interesses gerais da sociedade considerada como um todo. Num regime constitucional, diz Rawls, “a característica especial da relação política é que o poder político é, em última instância, o poder do público, isto é, o poder dos cidadãos livres e iguais na condição de corpo coletivo”<sup>1</sup>. É através do direito que o poder político tende a se assegurar e legitimar. Assim, através de decisões políticas estruturais do Estado, surgem os princípios fundamentais, tais como o princípio republicano, federativo e do Estado democrático de direito, o princípio da separação de poderes, presidencialista e o princípio da livre iniciativa<sup>2</sup>.

Os princípios constitucionais gerais, embora não façam parte do núcleo de decisão política formadora do Estado, são importantes especificações dos princípios fundamentais. Tais princípios têm caráter limitativo do Estado, resguardando situações individuais. Seu conteúdo tem menos de decisão política e mais de valoração ética, embora, de certa forma, não deixem de ser meros desdobramentos daquelas ações políticas fundamentais.

<sup>1</sup> RAWLS, John. *Political liberalism*, New York: Columbia University Press, 1996. p. 136. Em português: *Liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 181-182.

<sup>2</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 144 et seq.

Estão concentrados basicamente no artigo 5º da Constituição Federal, tais como o princípio da legalidade, da liberdade, da isonomia, na inafastabilidade do controle jurisdicional, do juiz natural, do devido processo legal, entre outros. Há ainda outros princípios constitucionais irradiados no sistema da Constituição, supremos em seu âmbito de atuação, tais como o princípio da administração pública, da organização dos poderes, da tributação e orçamento, entre outros. Assim, através de todos esses princípios, é que se garantem os direitos fundamentais, reconhecendo e afirmando direitos inalienáveis e sagrados do homem, ligados sobretudo, aos ideais de liberdade e dignidade humana<sup>3</sup>.

Uma noção imprescindível é a de que os direitos fundamentais são, em sua origem, Direitos Humanos. A diferença que se costuma fazer é que, enquanto os direitos fundamentais são garantidos e limitados no espaço e no tempo, os direitos do homem são válidos indiscriminadamente, no sentido de valerem para todos os povos e em qualquer tempo<sup>4</sup>.

Os direitos fundamentais são positivados no ordenamento jurídico por meio de normas com estrutura de princípio, situadas (especialmente) na Constituição<sup>5</sup>. E os princípios constitucionais, enquanto sínteses dos valores supremos ou mais importantes da ordem jurídica compreendem tanto os direitos quanto as garantias<sup>6</sup>.

Como se sabe, direitos e garantias não constituem expressões sinônimas. Ruy Barbosa, citado por Paulo Bonavides, foi um fervoroso e aplicado defensor desta diferenciação: “A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre *direitos e garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras”. *Direito* “é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos”. *Garantia ou segurança de um direito*, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil.

Em nossa Constituição não se encontra parte, ou cláusula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução “garantias constitucionais”. Mas a acepção é óbvia, desde que separemos, no texto da lei fundamental, as *disposições meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as *disposições assecuratórias*, que em defesa dos direitos, limitam o poder. As *disposições meramente declaratórias* instituem os direitos, e as *disposições assecuratórias* as garantias; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 25.

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina. p. 517.

<sup>5</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 86.

<sup>6</sup> GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 21.

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 483-486.

De inovador, podemos afirmar que a atual contextualização sócio-político-normativa impõe que se enxerguem as tradicionais garantias em nova dimensão, mais ampla, de caráter social. Isso não significa abandoná-las, mas adaptá-las, reestruturá-las, de acordo com o enfoque social, coletivo, a fim de que o processo, com suas garantias, possa servir de instrumento à efetiva realização dos direitos, assim como eles se apresentam na sociedade contemporânea.

## Jurisdição constitucional

Pode-se dizer que a jurisdição constitucional é o direito do poder judiciário que examina a validade constitucional dos atos do legislativo e do executivo. Realiza o controle da constitucionalidade das leis, julgando os litígios entre Estados no regime federativo, ou entre eles e o poder central, ou entre o cidadão e o Estado<sup>8</sup>.

A compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como o Estado democrático de direito, a toda evidência implica a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional. Nesse sentido, a ilustrativa assertiva de Werner Käge, já em 1945: “Diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens da Constituição”. Isto significa afirmar que, enquanto a Constituição é o *fundamento de validade* (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a *condição de possibilidade* do Estado democrático de direito.

Portanto, o significado de Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes da prática dos tribunais encarregados da Justiça Constitucional. Com isso, conceitos como soberania popular, separação de poderes e maiorias parlamentárias cedem lugar à legitimidade constitucional, instituidora de um constituir da sociedade. Do modelo de Constituição formal, no interior da qual o direito assumia um papel de ordenação, passa-se à revalorização do direito, que tem o papel de transformação da realidade da sociedade, superando, inclusive, o modelo do Estado Social.

A Constituição Brasileira de 1988 é caracterizada como social, dirigente e compromissária, alinhando-se com as Constituições europeias do pós guerra. O problema é que a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza, efetivamente, nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes<sup>10</sup>. Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um

<sup>8</sup> Vide DUEZ, Paul. *Les actes de gouvernement*. Paris: Recueil Sirey, 1935.

<sup>9</sup> WERNER, Kägi. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht*. Zurich: Polygraphischer Verlag, 1945. p. 147. Tradução nossa.

<sup>10</sup> Vide GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito constitucional e democracia. In: ARGUELLO, Kátie (Org.). *Direito e democracia*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

redimensionamento do papel do jurista e do poder judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: de um lado uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e de outro lado, uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a sua aplicação<sup>11</sup>.

Como preleciona José Afonso da Silva, “as atribuições judicantes previstas nos incisos do art. 102 da CF de 1988 têm, quase todas, conteúdo de litígio constitucional. Logo, a atuação do STF, aí se destina a compor lide constitucional, mediante o exercício da jurisdição constitucional”<sup>12</sup>.

Seguindo esta linha de raciocínio o autor subdivide as diversas atribuições do Supremo Tribunal Federal previstas no art. 102 da Constituição Federal em jurisdições constitucionais, da seguinte forma: *jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade* (processar e julgar originariamente ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade etc); *jurisdição constitucional da liberdade* (processar e julgar originariamente o *habeas corpus*, mandado de segurança contra atos do Presidente de República) e *jurisdição constitucional sem controle da constitucionalidade* (processar e julgar originariamente os crimes de membros de outros poderes, os litígios entre Estado estrangeiro e a União etc).

Assim, a função do direito, no modelo instituído pelo Estado democrático de direito, não é mais aquela do Estado Liberal-Abstencionista. O Estado democrático de direito representa um *plus* normativo em relação ao Estado Liberal e até mesmo ao Estado Social. A Constituição brasileira, como as de Portugal, Espanha e Alemanha, por exemplo, em que pese o seu caráter aberto, é uma Constituição densa de valores, compromissária e voltada para a transformação das estruturas econômicas e sociais<sup>13</sup>.

A inércia do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado democrático de direito. A importância da jurisdição constitucional, segundo observação de Vital Moreira<sup>14</sup>, sobretudo se confiada a um tribunal específico, parece ter se tornado nos tempos de hoje, um requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos.

Por isso, a jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de Direito

---

<sup>11</sup> Vide STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 557.

<sup>13</sup> Neste sentido, vide as seguintes constituições atuais: Constituição Federal Brasileira, art. 5º, § 1º; a Constituição Portuguesa, art.18; a Constituição Espanhola, art. 53, nº 1 e Constituição Alemã, art. 1, nº 3.

<sup>14</sup> MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 178 et seq.

Democrático, cujo objetivo constitui a defesa da ordem constitucional estabelecida, e é um dos referenciais do constitucionalismo moderno, presente na grande maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental. Com efeito, o controle de constitucionalidade deve estender-se aos atos normativos e não normativos, contribuindo decisivamente para a formação e transformação do ordenamento jurídico, surgindo, assim, o debate sobre suas funções para atuar de forma construtiva no Estado Constitucional.

Também na Suíça, onde o sistema de fiscalização de constitucionalidade exclui desde sempre o controle das leis do Parlamento federal, a comissão de peritos para a revisão global da Constituição recomendou no seu relatório introdução da fiscalização concreta das leis federais. Até na Grã-Bretanha deixou de ser heresia a idéia de criar uma Carta de direitos fundamentais constitucionalmente garantida contra o legislador e de confiar a sua defesa aos tribunais<sup>15</sup>.

## Teoria da Constituição

Em um sentido amplo, podemos ter a visão de que a Teoria da Constituição vem sendo construída, durante os últimos dois séculos, sob a inspiração de dois parâmetros teóricos, a saber: o americano e o alemão.

A linha destacada do *constructo americano* revelará uma dominante, eminentemente, de natureza jurisprudencial. Não estaremos, nesse raciocínio, distante de afirmar que não teríamos, propriamente, uma Constituição (Constituição Americana de 1787) e sim um processo constitucional (*living Constitution*)<sup>16</sup>. Processo esse que seria o resultado natural da interpretação da Constituição de 1787, suas emendas constitucionais e dos precedentes emanados da Corte Suprema nos Estados Unidos. Não podemos esquecer, também, que essa formação constitucional agregou elementos fundantes de alto valor teórico-jurídico para a Teoria da Constituição até os nossos dias. Cabe mencionar, nessa direção, o debate em torno da afirmativa constitucional de seu artigo 6º, no qual as normas constitucionais teriam de ser caracterizadas por serem “a Lei Suprema da Terra”. Além dessa hierarquia constitucional, depreende-se, ainda, da natureza dos termos do seu artigo 5º, como um elemento limitador da reforma constitucional, a necessidade da participação e aprovação de cada estado.

É, nesse âmbito, por conseqüência, que cabe indagar a respeito da legitimidade dessa maioria, expressa no poder constituinte originário, de impor para o futuro

---

<sup>15</sup> MOREIRA, Vital, op. cit., p. 178.

<sup>16</sup> Vide GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1966.

sua vontade em razão dos aspectos restritivos da mudança constitucional, contida no citado artigo 5º da Constituição Americana de 1787.

Essas questões foram, em realidade, respondidas ao longo dos duzentos anos da carta constitucional norte-americana pela estruturação de *judicial review*. Importou, dessa forma, a essa modalidade de jurisdição constitucional, construída institucionalmente pela prática, revelar esse caráter mais jurisprudencial (*living constitution*) do que um encaminhamento mais doutrinário da Teoria da Constituição nos Estados Unidos.

Apesar da presença pragmática norte-americana com acentuado peso de relevância, foi, na verdade, é a partir da teoria jurídica alemã após a promulgação da Constituição de Weimar de 1919, que será desenhado com nitidez o arcabouço da Teoria da Constituição. Este fato prende-se pelo reconhecimento por parte de certos juristas da época (Carl Schmitt, Herman Heller e Rudolf Smend) da incapacidade da tradicional Teoria Geral do Estado (Laband e Jellinek) de representar um instrumento apto para interpretar e efetivar a própria Constituição alemã de 1919.

Merece ser reconhecido, nesse sentido, que foram estes juristas, (Smend, Schmitt e Heller), nos anos 20 do século passado, os responsáveis por uma “autonomia” doutrinária e disciplinar da denominada Teoria da Constituição. Revela-se, por essa razão, de natureza eminentemente teórica a matriz alemã, ao contrário da linha de contribuição estadunidense, de permanente traço jurisprudencial, como já foi, aliás, afirmado anteriormente.

Assim, com esse dado, o perfil da Teoria da Constituição revela uma trajetória bastante circunstancial. Seus primeiros passos foram no sentido mais técnico. E somente no período pós-45 na Alemanha, com o início da vigência da Lei Fundamental de 1949 que essa disciplina de Teoria da Constituição assumirá traços mais pragmáticos devido ao funcionamento do Tribunal Constitucional alemão inspirado na experiência da Corte Suprema americana.

Esses novos caminhos só foram possíveis em consequência da recepção da experiência norte-americana do *judicial review*. Isto é, tais experiências foram materializadas na concepção do papel do Tribunal Constitucional alemão, capacitando-o a consolidar, futuramente, contribuições de alta relevância advindas da *Grundgesetz*. Essa corte constitucional pode interpretar de modo destacado, por exemplo, a noção valorativa de princípio da dignidade humana (artigo 1.1 da Lei Fundamental de 1949). Além desse núcleo valorativo de grande significado (reafirmado pela cláusula pétrea do artigo 79.3), com a presença, também, do Tribunal Constitucional, houve uma transparente vontade da constituinte da *Grundgesetz* de assegurar a concretização das suas normas constitucionais por uma concepção original de efetividade, tendo como centro os direitos fundamentais.

Completa-se essa potencialização da concretização constitucional por uma estrutura vinculativa tanto dos órgãos constitucionais, e por interpretação jurisprudencial constitucional ampliada, quanto da esfera privada, pelas suas subordinações à Lei Fundamental, tendo como centro o caráter agrupador dos direitos fundamentais. Estamos, assim, aptos a sintetizar, com vias nessas teorias constitucionais americana e alemã, qual foi o desenho da Teoria da Constituição nos últimos anos. Temos que reconhecer também a presença da contribuição italiana (Constituição de 1947) nessa trajetória, notadamente, na parte de princípios e de direitos sociais.

Cabe, contudo, enfatizar o fato de ser a vertente alemã que dará uma maior coloração a essa matriz da Teoria da Constituição. Isto é, ela revela um caráter concreto e indutivo. Este traço estará sempre em todo o conjunto de pensamento constitucional esboçado na Alemanha desde a Constituição de 1919.

A teoria da Constituição dirigente teve ampla aceitação no Brasil e influenciou sobremodo o constitucionalismo pátrio, em especial após a promulgação da CF/88.

Discute-se, atualmente, na doutrina constitucional, a mudança da posição teórica do consagrado constitucionalista português, José Joaquim Gomes Canotilho. Com efeito, na sua famosa obra “Constituição dirigente e vinculação do legislador”, publicada em 1982, ele elaborou uma Teoria da Constituição adequada, que culminava na tese de que as normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, econômicos e culturais não eram o que lhes assinalava a doutrina tradicional “simples programas”, “exortações morais”, “aforismos políticos” e “promessas”, juridicamente desprovidas de qualquer vinculatividade; ao revés, reconhecia-lhes o mestre lusitano valor jurídico constitucionalmente idêntico ao das demais normas da Constituição<sup>17</sup>.

Assim, afirmava ele que as normas constitucionais programáticas seriam capazes de vincular o legislador, isto é, de obrigá-lo a editar as leis que fixassem as prestações positivas e determinassem aos órgãos competentes do Poder Executivo oferecer os serviços e atividades necessárias à concretização dos preceitos constitucionais.

Nesta esteira, não desejou Gomes Canotilho reduzir os direitos fundamentais a um mero “apelo ao legislador”, mas os concebeu como “imposições constitucionais”, que constituem “verdadeiras ordens de actuação positiva dirigidas sobretudo ao legislador, no sentido de este emitir uma ou várias leis de execução, simultâneas ou sucessivas, e necessárias à efetivação desses direitos”<sup>18</sup>. A inércia do Estado, quanto à concretização legislativa, poderia ensejar a inconstitucionalidade por omissão.

<sup>17</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 299.

<sup>18</sup> Idem, *Ibidem*. p. 297.



Essa posição de Gomes Canotilho vem sendo revista, declarando agora o insigne constitucionalista ser adepto de um constitucionalismo moralmente reflexivo, cujo desafio “consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz através de outras fórmulas que permitem completar o projeto de modernidade - onde ele não se realizou - nas condições complexas de pós-modernidade”. O “descrédito de utopias” e a “falência de códigos dirigentes” causariam a preferência por “modelos regulativos” típicos da subsidiariedade e da cooperação, apoiando o encorajamento e a dinâmica da sociedade civil. A lei dirigente, segundo ele, cedeu lugar ao contrato e o “espaço nacional” alargou-se à transnacionalização e à globalização<sup>19</sup>.

Em artigo mais recente, Gomes Canotilho reforça essa posição, aduzindo que “o direito constitucional deixou de ser disciplina dirigente, para se volver em disciplina dirigida. Em vez de gravitar sobre si próprio, ganhando neste movimento de rotação os seus campos de atração autônomos, passou a fazer figura de satélite artificial dirigido”<sup>20</sup>.

Em decorrência dessas observações, Gomes Canotilho defende hoje a necessidade de uma nova Teoria da Constituição, pois não é possível que a norma constitucional continue a conformar autoritariamente a sociedade contemporânea, pluralista e diferenciada, que se radica antes na auto-organização. É legítimo inferir-se que a nova posição adotada pelo notável constitucionalista lusitano implicaria a “morte” da Constituição dirigente? Entendemos que não. Na verdade, a relativização do dirigismo constitucional feita por Gomes Canotilho leva em conta as peculiaridades e as transformações ocorridas na Europa nas últimas décadas, designadamente em Portugal (*locus* de suas preocupações). Assim, a Constituição dirigente, afeiçoada que é às especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional, continua “viva” enquanto for historicamente necessária. Esse ponto é de fundamental importância para a compreensão e a contextualização das teses esposadas por Gomes Canotilho sobre os novos contornos da noção de Constituição dirigente.

Esgotadas essas análises, encaminharemos na direção de seu cruzamento com as variáveis elencadas inicialmente.

## **Considerações gerais sobre a jurisdição constitucional e a construção moderna de uma teoria da Constituição**

É claro que a Teoria da Constituição, no século XXI, será uma reação e uma continuidade lógica do quadro desenhado por nós nesses últimos anos. Essa nossa

---

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo, ano 4, n. 15, p. 7-17, abr/jun 1996. p. 15.

<sup>20</sup> Idem. O direito constitucional na encruzilhada do milênio: de uma disciplina dirigente e uma disciplina dirigida. In: *Constitución y constitucionalismo hoy*. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000. p. 217.

tarefa de analisar e utilizar a Teoria da Constituição modernamente, estará, também, facilitada pelo aprofundamento da reflexão sobre o tema. A questão da democracia é a mais relevante de todas, e que perpassa estabelecendo uma organicidade, dando uma dinâmica à disciplina Teoria da Constituição e à categoria jurisdição constitucional.

Na teoria americana da Constituição, a noção democracia ao longo desses dois séculos tem comparecido mais através de emendas constitucionais e das decisões judiciais como meio de garantir, por exemplo, as liberdades públicas - em especial a liberdade de expressão e os direitos civis.

Somente a partir dos anos 1970, com a crise do papel institucional da Corte Suprema americana, é que ocorre a explicitação do debate e impasse democrático, buscando certos teóricos, assim, novas saídas institucionais.

Na teoria da Constituição de origem alemã, desde o seu início dos anos 20, a questão democrática está estabelecida. Modernamente, o centro da discussão é a incapacidade ou não do sistema parlamentar de garantir o processo democrático. Schmitt prega a necessidade de construir uma alternativa com base em uma “democracia homogênea” própria para uma sociedade de massa. Um dos seus instrumentos é a aclamação<sup>21</sup>.

Hoje, a questão democrática no debate constitucional concentra-se na jurisdição constitucional ou no *judicial review* na necessidade da presença de novos intérpretes<sup>22</sup> e nas conseqüências da interpretação. Além dessa diferença do espaço político, a Teoria da Constituição incorpora que, em vez de unir com base na “homogeneidade”, os procedimentos deveriam estar compatibilizados por uma sociedade cada vez mais heterogênea e fragmentada própria da atual crise da modernidade<sup>23</sup>.

Dentro dessa lógica, adverte Gomes Canotilho, que essa dinâmica social com vínculos nos movimentos sociais e cidadanias tem acarretado o colapso da Constituição e, por conseqüência, da disciplina de Teoria da Constituição. Nesse raciocínio, a jurisdição constitucional viu-se diante de um processo decisório meramente administrativo em face do volume de problemas postos pela realidade social<sup>24</sup>.

A Teoria da Constituição quer de natureza americana, ou quer de linha alemã, contribuiu para ampliar o entendimento do papel político-jurídico da Constituição. Nos Estados Unidos, a corrente do realismo jurídico é um exemplo significativo desse traço da maior fundamentação social das normas constitucionais.

<sup>21</sup> Vide SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.

<sup>22</sup> Vide HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

<sup>23</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>24</sup> Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

No caso da Alemanha, a trajetória passando por Smend, Hesse e Häberle aprofundou todo o caráter terminológico de “Constituição aberta”, com sua natureza interna conflitiva e não-sistemática. Alexy avança ao contrapor aos direitos fundamentais no seu entrelaçamento com os princípios para uma outra expressão “Constituição aberta e a moral”<sup>25</sup>. É óbvio que a jurisdição constitucional irá, pela complexidade de sua jurisprudência adensar mais o conceito de “Constituição aberta” ao procurar vincular mais concretamente a norma constitucional.

Entretanto, o processo de internacionalização em experiências como a do Direito Comunitário europeu acabará por ampliar o universo da “Constituição aberta” com as decisões do Tribunal de Justiça ou das diretivas da União Européia, enfraquecendo o texto constitucional e a própria jurisdição constitucional.

Mas não importa se é por jurisdição constitucional ou por internacionalização, estamos, cada vez mais, diante em quadro normativo de estrutura constitucional mais de natureza jurisprudencial.

A presença norte-americana materializa-se a partir da efetivação de institutos como o devido processo legal aos direitos civis nos anos 50 e 60, tendo como parte central a Corte Warren.

No tocante à Alemanha, rompe-se com a inefetividade de amplo catálogo dos direitos fundamentais, incluindo o avanço, e o reconhecimento dos direitos sociais, estampada pela sua Constituição de 1919. A jurisdição constitucional foi, assim, implementando efetividade<sup>26</sup> e dando, como é o caso da Lei Fundamental de 1949, concretude a dispositivos de caráter valorativo (o art. 1º, I, seria um exemplo ao assegurar a dignidade da pessoa humana).

Além do debate da efetividade dos direitos fundamentais, em especial, em referência aos direitos sociais, a Teoria da Constituição via jurisdição constitucional foi enriquecida pela distinção entre princípios e regras. Portanto, houve, uma materialidade dos direitos fundamentais em face à abstração dos princípios constitucionais<sup>27</sup>.

O campo internacionalizado (União Européia) abriu uma série de conflitos entre a jurisdição constitucional e as instâncias de jurisdições internacionais para dirimir as questões de direitos fundamentais. Isto é, as jurisdições internacionais acabam por se impor às jurisdições constitucionais, acarretando uma natural diminuição de suas competências originais.

---

<sup>25</sup> Vide, especialmente, REVORIO, Francisco Javier Diaz. *La constitución como orden abierta*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1997, que aprofunda o conceito de “constituição aberta”.

<sup>26</sup> Vide BACHEF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1989.

<sup>27</sup> Vide ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo: 2008. E também, DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard. University Press, 1977.

É de todo esse universo que, na verdade, se extrai do poder constituinte originário sobre o poder de reforma, revelando, mais uma vez, a importância e a interligação da questão democrática. Isto é, com indagações da ordem, a título de exemplo, como permanece a vontade majoritária expressa no texto constitucional pelo poder constituinte ou originário de modo perene. Chegando, por exemplo, ao paradoxo do antigo artigo 146 da CF de 1949 que prevê, por parte da maioria contida no poder constituinte originário, o próprio designado término do documento constitucional quando ocorresse a reunificação alemã<sup>28</sup>.

Em realidade, tal debate vincula-se à distinção ou de uma perspectiva rousseunista traduzida por Sieyès no sentido mais do predomínio da vontade democrática irrestrita e constante do que o poder soberano e hierárquico contido na expressão da Constituição<sup>29</sup>, ou num outro ponto, à visão de convenção resultante do congresso de Filadélfia de 1787 que incluiu a superioridade da norma constitucional pela força de poder de reforma contido no dispositivo do artigo 5º da Constituição americana desse período.

A teoria americana contribuiu, de forma genuína, pelo seu pioneirismo de perquirir por um “retorno” ou não (originalistas e não-originalistas) a fidedignidade da vontade dos pais fundadores da República na sua Constituição de 1787<sup>30</sup>.

Tal processo descambou por um rigor e complexidade dos métodos interpretativos, o qual se visualiza na presença emblemática de Friedrich Müller<sup>31</sup>. Ou, em uma posição radicalmente distinta de Schmeider que prefere discutir certos limites da jurisdição constitucional. Ou Häberle procurando, como já foi dito, uma abertura para um universo ampliado dos intérpretes<sup>32</sup>.

No caso do Brasil, inspirado nas Constituições do segundo pós-guerra, o texto da Constituição de 1988 filia-se ao constitucionalismo dirigente, compromissário e social, que tão bons frutos rendeu nos países em que foi implantado. O catálogo de direitos fundamentais, os direitos sociais, as ações constitucionais, enfim, tudo o que havia sido reivindicado pela sociedade no processo constituinte foi positivado. A Constituição estabelece, já de início, que o Brasil é uma República que se constitui em Estado

---

<sup>28</sup> Vide ELSTER, Jon. Constitutional bootstrapping in Philadelphia and Paris. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). *Constitutionalism identity, difference and legitimacy: theoretical perspective*. Durham: Duke University Press, 1994. p. 57-83.

<sup>29</sup> Tal não se deu porque na reunificação alemã de 1980, prevaleceu o extinto artigo 23 da Constituição Federal de 1949 da República Federal da Alemanha que possibilitava a anexação de outras partes do território alemão.

<sup>30</sup> Vide GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al gobierno sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Arel, 1996.

<sup>31</sup> Vide FRIEDRICH, Müller. Métodos de Trabalho de Direito Constitucional. *Revista da faculdade de direito da UFRGS*. Edição especial comemorativa dos 50 anos da lei fundamental da República Federal da Alemanha. Porto Alegre, 1999.

<sup>32</sup> Vide HÄBERLE, Peter, op. cit. e SCHMEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

democrático de direito, trazendo explicitamente seus objetivos de construir uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza, cumprindo com as promessas da modernidade.

Por certo que o texto Constitucional recebe muitas críticas. As principais objeções à Constituição, partem dos setores conservadores da sociedade, que a acusam de ser excessivamente longa e utópica. Como no Brasil, a efetividade do sistema jurídico sempre deixou a desejar, a Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988, optou por constitucionalizar as mais diversas questões, possibilitando a falta de efetividade.

A citada falta de efetividade traduz-se no excessivo número de dispositivos de eficácia limitada ou contida, cuja regulamentação foi relegada à lei ordinária. Ainda que se considere a ampla participação de movimentos sociais no processo constituinte, também não se pode subestimar a participação de entidades ligadas aos grandes grupos econômicos e aos corporativismos dos mais variados.

De qualquer sorte, o texto resultante desses embates guardou direta relação com o constitucionalismo engendrado em países europeus como Portugal e Espanha, com grande ênfase na proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, o Brasil, após a promulgação da Constituição não assistiu a um “acontecer constitucionalizante”. Em razão da falta de uma teoria constitucional adequada e a própria crise do direito, foram fatores preponderantes para a inefetividade do texto.

Adicione-se a esses fatores a eleição de um Presidente da República de feição fortemente populista e que sofreu, logo depois, o processo de *impeachment*, o plebiscito sobre a forma e o sistema de governo (monarquia ou república e parlamentarismo ou presidencialismo). Ocorreu também a revisão constitucional que pretendia modificar seu texto, a partir de um verdadeiro desmanche, cuja empreitada, felizmente, foi mal sucedida.

Assim, a partir do final do século XX e início do século XXI, é que intensifica o debate sobre o papel da Constituição, do Poder Judiciário, da jurisdição constitucional e da construção de uma Teoria da Constituição Brasileira. O Presidente da Assembléia Constituinte, Ulisses Guimarães, apelidou a Constituição Federal de “Constituição Cidadã”. Entretanto, para que nossa lei maior realmente faça jus a esse apelido, muita coisa há por se realizar.

Desde a sua promulgação até agora, dezenas de emendas comprometem já em parte o núcleo essencial da Carta Constitucional. O forte obstáculo às tentativas de desregulamentação e desconstitucionalização advindas dos setores neoliberais está previsto nas cláusulas pétreas da Constituição Federal. De acordo com essa perspectiva, também os *direitos sociais*, na medida em que possam ser consideradas condições da democracia, devem gozar do *status* de cláusula pétrea.

Entretanto, a desfuncionalidade do sistema jurídico processual tem dado ensejo às reformas, algumas de índole constitucional e outras infraconstitucional, que colocam em xeque o acesso à justiça, um dos pilares da idéia de Estado democrático de direito<sup>33</sup>. A nossa própria jurisprudência tem gerado uma série de perplexidades. O contraste entre o país plasmado no texto constitucional e o país da realidade social tem sido, certamente, causa de grande decepção, pelo menos para todos aqueles que se dedicam ao estudo do Direito Constitucional motivados por um fim ético. Diante de tal sentimento, muitos propugnam por um incremento ainda maior do ativismo judicial.

É claro que, muitas vezes, o Judiciário deve ser objeto de crítica. A crítica jurisprudencial, certamente, tem muito a contribuir para a racionalização e a legitimação das decisões judiciais. No entanto, muitas vezes, a crítica predominante no pensamento jurídico nacional ignora que a auto-contenção judicial na aplicação da Constituição se deve a problemas reais de legitimação.

Efetivamente, é necessário reconhecer que a definição do papel do Judiciário em nossa democracia ainda não chegou a um bom termo. Por um lado, sobrecarregar o Judiciário com a expectativa de que este Poder possa ser “o protagonista” do processo de transformação social gera não só decepções inevitáveis, mas também, em certos casos, percepções elitistas de nossa estrutura institucional.

Por detrás dessa supervalorização do Judiciário como agente de transformação da sociedade está situada uma descrença no potencial transformador do voto popular, decorrente de uma profunda desilusão com a nossa recente democracia. Por outro lado, isso não quer dizer que o Judiciário não possua um papel fundamental no regime democrático. O Judiciário pode ser, nessa linha, um guardião da democracia. Por isso, só há sentido em pensar em uma “judicialização da política” enquanto atuação judicial que preserve a interação democrática entre os cidadãos, e não como realização pelo Judiciário de tarefas que legitimamente cabem às maiorias.

Essa postura ativa e reivindicatória continua fazendo todo o sentido se a pensarmos em termos de uma atividade que provoque o Judiciário para que este concretize direitos fundamentais e, com isso, cumpra a sua relevante missão institucional de promotor de um contexto propício para a construção de uma verdadeira democracia. Infelizmente, esse tipo de mobilização política ainda não se verifica no Brasil com a intensidade desejada. Esse é um campo importante de atuação ainda a ser explorado em nosso país. O que se tem a fazer é atuar na área em que o Judiciário, efetivamente, tem a contribuir, para construção de uma Teoria da Constituição Brasileira.

---

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 453.

Embora a Constituição não possa tudo, pode certamente muito, e estas potencialidades só estão começando a se realizar em nosso país. Conforme leciona Streck<sup>34</sup>, o texto constitucional de 1988 colocou à disposição do cidadão vários mecanismos de acesso à justiça e, em especial, à jurisdição constitucional. Com fundamento no controle difuso de constitucionalidade, que vigora no Brasil desde a Constituição Republicana de 1891, qualquer cidadão pode suscitar, como questão prejudicial ou como fundamento jurídico no curso de qualquer ação judicial, a discussão acerca da constitucionalidade de uma lei (federal, estadual ou municipal), podendo, via recurso ordinário, levar a questão ao Supremo Tribunal Federal.

E este não é o único mecanismo de acesso à jurisdição constitucional, pois o mandado de injunção também é, ou deveria ser, um dos mais importantes instrumentos para viabilizar o cumprimento dos direitos sonogados pelo Estado, questão que deflui no sentido que pode ser atribuído dispositivo constante do inciso LXXI do art. 5º. Trata-se de uma espécie de garantia contra a inércia do Poder Legislativo e do Executivo.

Entretanto, lamentavelmente o mandado de injunção é ineficaz em nosso Poder Judiciário brasileiro, sendo certo que, por mais paradoxal que possa parecer, nenhum outro mecanismo previsto na Constituição tem, formalmente, a força do *mandamus injuntivo*, autorizando o Poder Judiciário a elaborar, no caso concreto, a norma cuja falta obstaculiza o direito fundamental que esteja sendo sonogado.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, º 1º, CF) é outro instituto de relevância em nosso ordenamento jurídico, que viabiliza o acesso direto do cidadão ao Supremo Tribunal Federal, já que o objeto desta ação visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato/omissão do Poder Público.

Ocorre que no Brasil tem tido tão pouca atenção da comunidade jurídica, ao ponto de ser considerado por alguns juristas como misteriosa e esotérica<sup>35</sup>.

Em outras palavras, podemos dizer que nosso país ainda não construiu uma Teoria da Constituição, em razão de uma tradição de “baixa constitucionalidade”, cuja conseqüência é o elevado grau de inefetividade do texto constitucional.

É preciso dizer ainda, que o país precisa constitucionalizar o direito infraconstitucional. Como bem lembra Fábio Konder Comparato<sup>36</sup>, no regime democrático, o atributo maior da soberania popular consiste em constitucionalizar a nação.

<sup>34</sup> STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 838.

<sup>35</sup> POLETTI, Ronaldo. *O controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 214.

<sup>36</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma constituição. In: LESBAUPIN, Ivo (Org.). *O desmonte da nação*. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 16.

## Conclusão

No presente trabalho, tendo em vista a amplidão das variantes que poderiam ser abordadas relacionadas ao tema, objetivamos analisar brevemente a jurisdição constitucional, a Supremacia Constitucional e a necessidade da construção de uma Teoria da Constituição Brasileira.

Através da análise da disciplina da Teoria da Constituição e da categoria jurisdição constitucional, percebe-se como ainda há muito que se estudar e fazer, para real aplicação dessa disciplina e categoria no Brasil, em especial, na doutrina e na formação jurídica (por exemplo, via estrutura curricular da graduação de direito).

O estudo e análise dessas correntes teóricas surgidas nos Estados Unidos e na Alemanha, são de extrema inquietação por que apontam para um certo retrocesso e um minimalismo quanto à importância e à funcionalidade da Constituição. Tal quadro é agravado (mesmo relevando o papel de destaque dos Direitos Humanos na ordem jurídica internacional) pelo enfraquecimento e pela fragilização dos textos constitucionais na subordinação, por exemplo, a uma ordem jurídica suprema ou até mesmo pelo surgimento de jurisdições internacionais como as vinculadas ao Direito Penal.

Por fim, serve como advertência que esse “minimalismo” terá, também, conseqüências entre nós. Sem dúvida nenhuma, a Constituição Federal de 1988 vem sendo marcada por uma enorme produção teórico-dogmática. No entanto, deparamos com o fato de que há, ainda, pouco espaço para um real amadurecimento a respeito das questões atinentes, por exemplo, a valores (princípios), em especial, sobre a concepção democrática.

Importante salientar que a Teoria da Constituição e a noção de jurisdição constitucional, se materializam como instrumentos valiosos para avaliar os avanços do pensamento constitucional neste século, sob a perspectiva da Supremacia Constitucional. Sistematizá-la (Teoria da Constituição) para compreender a crise de seus meios institucionais (jurisdição constitucional) é uma tarefa primordial da formação de novos operadores do direito para o próximo milênio.

\*



## Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BACHEF, Otto. *Jueces y Constitucion*. Madrid: Civitas, 1989.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142. p. 35-51, abr./jun. 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- \_\_\_\_\_. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo, ano 4, n. 15. p. 7-17, abr./jun 1996.
- \_\_\_\_\_. O Direito Constitucional na encruzilhada do milênio: de uma disciplina dirigente e uma disciplina dirigida. In: *Constitución y constitucionalismo Hoy*. Caracas: Fundación Manuel Garcia-Pelayo, 2000. p. 217-225.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma Constituição. In: LESBAUPIN, Ivo (Org.). *O desmonte da nação*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- DUEZ, Paul. *Les actes de gouvernement*. Paris: Recueil Sirey, 1935.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard. University Press, 1977.
- ELSTER, Jon. Constitutional bootstrapping in Philadelphia and Paris. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). *Constitutionalism identity, difference and legitimacy: theoretical perspective*. Durham: Duke University Press, 1994. p. 57-83.
- FRIEDRICH, Müller. Métodos de Trabalho de Direito Constitucional. *Revista da faculdade de direito da UFRGS*. Edição especial comemorativa dos 50 anos da lei fundamental da República Federal da Alemanha. Porto Alegre, 1999.
- GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al gobierno sobre el caracter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Arel, 1996.
- GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito constitucional e democracia. In: ARGUELLO, Kátie (Org.). *Direito e democracia*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.
- GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1966.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

- MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- POLETTI, Ronaldo. *O controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- RAWLS, John. *Political liberalism*, New York: Columbia University Press, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- REVORIO, Francisco Javier Diaz. *La constitución como orden abierta*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SCHMEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lobhauer. São Paulo: Scritta, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- WERNER, Kägi. *Die Verfassung als rechliche Grundordnung des Saates. Untersuchungen über die Entwicklungstendens im modernen Verfassungsrecht*. Zurich: Polygraphischer Verlag, 1945.

# O exercício da cidadania e os obstáculos à efetividade da tutela jurisdicional

**ALEX ANTONIO MASCARO**

*Mestre em Direito Político e Econômico – Universidade Presbiteriana Mackenzie.*

*Professor de Processo Civil do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino. Advogado.*

**Resumo:** A temática do acesso à justiça, embora discutida há quase trinta anos, sobretudo no que tange aos mecanismos para sua efetivação, apresenta-se cada vez mais em crise, mormente quando o Poder Judiciário se encontra dependente da política econômica, não conseguindo autonomia suficiente para se regular sem interferência dos interesses econômicos. É sabido que a população carece do acesso à justiça em seu sentido amplo, justamente pela interferência do poder econômico no cotidiano do cidadão, o que gera enormes obstáculos que analisaremos no texto.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça; Cidadania; Efetividade da Tutela Jurisdicional.

**Abstract:** The article discusses the access to judiciary provision for larger parts of the Brazilian society, in the holding course of the actual Constitution of 1988. Among other aspects, it stresses the dependence of the Judicial Power in Brazil to economic policies of the Federal Administration, including its effects in investments directed to modernize the forensic structure all over the country. It's already known people suffer from the "justice access" lacking in its true sense of the word, just because the economic power interference in the individual daylife, getting the huge obstacles checked in the text.

**Key Words:** Justice Access; Citizenship; Jurisdictional Protection Effectiveness.

## Introdução

Frente aos problemas encontrados atualmente, no que tange aos objetivos da jurisdição à luz da função social exercida pelo Estado, apresenta-se incontestável que um dos mais graves óbices encontrados ao exercício pleno da cidadania diz respeito aos obstáculos ao acesso à justiça. Para iniciarmos a delimitação do tema, necessário se faz traçar alguns pontos de forma a conceituar o efetivo acesso à justiça com o preenchimento de alguns requisitos indispensáveis ao direito. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, preceitos legais insertos no texto constitucional, tais como as liberdades e os direitos individuais e coletivos, passaram a ser garantidos, de modo que, formalmente, os cidadãos têm ciência da existência destes direitos, porém, na prática, com o passar dos anos cada vez mais se torna mais distante o exercício das garantias conseguidas a duras penas.

Ainda que sob um olhar superficial, podemos verificar que o sistema vigente não atinge sua finalidade, sendo utilizado somente por aqueles que possuem, principalmente, condições econômicas de entender que o Poder Judiciário se tornou um instrumento de resolver somente casos de grande vulto. Com isso, os direitos

assegurados pela Constituição, se não desenvolvidos em sua prática, se tornando letra morta à medida que instituições que garantam sua aplicabilidade estão impossibilitadas de o fazê-lo ou sequer existem.

Diante dos problemas que relacionamos, e que detalharemos no presente texto, pairam sobre as cabeças dos operadores do direito quais as formas de agir para a satisfação das expectativas dos jurisdicionados? Quais medidas devem ser adotadas para o extermínio ou mesmo somente para tentar equilibrar as carências financeiras, sociais, culturais ou psicológicas da população que, embora necessitem da prestação jurisdicional, somente conseguem vislumbrar de longe tal acesso?

A análise dos problemas que afetam o acesso dos cidadãos ao Judiciário leva a pensar soluções e formas de combater esse mal que assola aqueles que vivem do direito ou com ele mantém qualquer relação, seja ativamente no exercício da profissão, seja passivamente na qualidade de jurisdicionado que sente as agruras do sistema pelo qual estamos submetidos. Para colocarmos à mostra os obstáculos à efetividade da tutela jurisdicional, cumpre trazer à baila alguns pontos, como uma visão geral sobre o acesso à justiça, para que, posteriormente, possamos analisar quais seus maiores entraves e quais as soluções para evitar que se persista em tais erros no nosso sistema atual.

## Do acesso à justiça: concepções e problemas fundamentais

O termo “acesso à justiça” por sua vasta interpretação é preciso situá-lo dentro do contexto buscado por esse trabalho, já que a doutrina pode dá-lo diferentes sentidos, dependendo da ocasião em que é empregado. Porém, para delimitação do tema cumpre observar somente dois sentidos, consoante assinalados por Horácio Vanderlei Rodrigues<sup>1</sup>, sendo eles: a) a utilização do termo acesso à justiça com o mesmo sentido de Poder Judiciário, ou seja, em tal situação é empregada à expressão para delimitar a busca e o ingresso ao Judiciário; b) e o outro diz respeito à visão diferenciada, pois considera o acesso à justiça como uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

*In casu*, o segundo conceito parece ser mais amplo e engloba o primeiro conceito, porém, qualquer um pode ser usado, não ocasionando quaisquer problemas quanto à finalidade, já que ambos são corretos.

Assim, adentramos agora na fixação dos principais problemas encontrados e discutidos e vivenciados como sendo os maiores obstáculos ao efetivo acesso à justiça. Tais obstáculos não ficarão adstritos àqueles meramente voltados às questões

---

<sup>1</sup> RODRIGUES, Horácio Vanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 28.

habituais da prática forense como custas processuais, falta de funcionários etc, sendo a análise abaixo descrita de maneira ampla e consistente, não voltada somente a conceitos pontuais da organização judiciária.

## Os problemas sócio-econômicos

Consenso geral perante os estudiosos das questões relevantes sobre o entrave ao exercício da cidadania, diz respeito à falta de recursos econômicos sofridos pela esmagadora maioria da população para utilizá-los nos gastos que uma demanda judicial envolve. Embora Mauro Cappelletti<sup>2</sup> tenha se espelhado no sistema americano ao citar os altos custos do processo, o sistema brasileiro segue a mesma sistemática, uma vez que ao vencido também está obrigado a reembolsar o vencedor nas custas e nos honorários despendidos com seu advogado, o que torna muito dispendioso o ingresso no Judiciário, ainda mais no Brasil, onde a vasta maioria da população se encontra na mais repleta miséria, há má distribuição de riqueza e o salário mínimo que vige como regra de ganho para a população é baixíssimo, ao passo que os 10% mais ricos possuem quase o mesmo tanto de dinheiro que o restante da população, verificado assim o abismo existente entre as classes sociais em nosso país.

Por esse quadro, já fica óbvio verificar por que é quase unanimidade a narrativa dos problemas de acesso comecem sempre com as condições sócio-econômicas.

É latente nos dias atuais, a falta de equilíbrio entre as relações cidadãos-governantes, que contaminam inclusive o equilíbrio entre o modelo clássico dos três poderes, gerando conflitos generalizados entre a União, Estados, Municípios, Legislativo e Executivo e, conseqüentemente, qualquer tipo de relação, podendo ser incluídas as micro relações, como as familiares, como as de grande escala como a economia. Este fenômeno pode ser atribuído à heterogeneidade da sociedade brasileira, que na tentativa de solucionar os problemas em um país de dimensões continentais, acaba agravando as relações haja vista a mudança de cultura de região para região, o que revela uma desigualdade cujos mecanismos têm se mostrado ineficazes para resolver tais problemas<sup>3</sup>.

Ao mesmo passo que a segurança jurídica busca através de seus mecanismos jurídicos e processuais, como na relação com a coisa julgada, a conciliação de interesses antagônicos, a minimização das tensões sociais e a superação das incertezas, circunstâncias que exigem do Estado o mínimo de eficácia organizacional e diretiva,

---

<sup>2</sup> CAPELETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 15-18.

<sup>3</sup> Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 239 et. seq.

mostra por outro lado que não conseguiu balancear o formalismo jurídico com situações que necessitam de um olhar mais contundente do que meramente técnico.

É sabido que as despesas judiciais que envolvem um processo judicial, a iniciar-se pelas custas iniciais e pelos honorários advocatícios são caras. Acresça-se a isso custas advindas de perícias, distribuição de cartas precatórias, preparo recursal e demais gastos que podem advir da relação processual.

Eis o primeiro entrave, quiçá o mais grave, na busca pelo acesso a justiça, agravado pelo fato de as partes envolvidas no litígio estão asseguradas formalmente sobre os mesmos direitos, igualdade essa que não se concretiza devido aos disparates das diferenças sociais, econômicas e culturais existentes entre os envolvidos em um processo. Embora possamos dizer que todos os cidadãos têm o direito da busca pela justiça, sabemos que, na realidade, uns possuem mais esses direitos que outros e, tal situação se agrava ainda mais na medida que as diferenças econômicas entre as partes aumentam.

Desses dizeres podemos levar a cabo que as desigualdades sócio-econômicas levam basicamente a dois problemas dos quais restam aos operadores do direito buscam as soluções, sendo elas a dificuldade criada ao acesso ao Direito e ao Judiciário, resultante da falta de condições materiais de grande parte da população o que impossibilita o acesso frente aos excessivos gastos de se iniciar um processo e, em segundo lugar, mesmo quando a pessoa consegue esse acesso, ainda assim coloca sempre o mais pobre em desvantagem frente aquele que reúne condições de suportar o ônus do processo.

## **Direito à informação**

Outra questão que demonstra ser relevante em termos dos obstáculos ao acesso à justiça, diz respeito à falta de conhecimento sobre os direitos assegurados a cada um dos cidadãos. Decorrente do obstáculo anterior, a desinformação é um obstáculo antes de tudo em relação à efetiva igualdade, já que o desconhecimento leva à aniquilação do direito, pois o nível de desinformação é imenso em relação à legislação vigente, sendo que muitas pessoas sequer reconhecem ou aventam a noção sobre direitos e deveres por mais básicos que sejam.

Por conseguinte, ausentes o conhecimento da legislação e das formas de assegurar a postulação de um direito perante o Judiciário, o desconhecimento sobre os instrumentos processuais existentes para garantir esses direito encontram-se mais distantes ainda da realidade da população.

A educação no Brasil encontra-se em franca decadência, não havendo uma educação voltada à cidadania, cujo problema é agravado pela falta de amparo

das instituições governamentais que deveriam suprir a carência, oferecendo uma assistência jurídica informativa para a população. Assim, se não há órgãos oficiais capazes de suprir essa deficiência de comunicação, sempre que faltar qualquer informação por mais básica que seja a qualquer daqueles que não tenha condições de sanar as dúvidas existentes, a possibilidade de acesso à justiça torna-se achatada.

## Legitimidade para agir

Outra questão fundamental referente aos entraves, diz respeito à legitimidade para agir. O mundo contemporâneo vem se caracterizando pela busca da ampliação dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Frente a essa mudança, temos toda a tradição de nosso sistema processual que, segundo a maioria dos autores, ainda está estruturada na idéia do indivíduo como o titular de direitos.

A questão subjacente não se limita somente ao direito público que substituiu a técnica racional por uma forma centralizada, patrimonialista e burocrática. As mudanças sociais, resultantes da vida social e do aumento dos bens de uso coletivo, ocasionaram a proliferação de novos dispositivos legais não previstos pelos legisladores tempos atrás (como os direitos metaindividuais).

Diante das mudanças econômicas, sociais e políticas pelo qual atravessou o país ao longo dos anos, a interferência regulatória formalista atingiu pontos anteriormente reservados às relações individuais, como no caso do direito de família ou da propriedade. Tais relações, embora sejam consideradas de relações entre indivíduos, há muito tempo passou os limites do direito privado, tendo então uma visão mais ampla como vemos com a função social do contrato e da propriedade, porém, tal questão encontra-se intrincada devido às intermináveis e confusas regulamentações sobre a matéria<sup>4</sup>.

A evolução do direito processual brasileiro sofreu grandes transformações ao longo dos séculos, saindo de uma fase processualística com fundamentos que vêm desde as Ordenações, passando pelos códigos estaduais, os de processo de 1939, 1973 e um enorme salto com a Constituição Federal de 1988, chegando ao Código de Defesa do Consumidor no início da década de 1990.

---

<sup>4</sup> “O início da consolidação da idéia da função social do contrato deu-se, seguramente, com o advento da Constituição Federal de 1988. Sem ser socialista, mas prezando os valores sociais em detrimento dos valores individuais, a Carta da República garantiu a propriedade, mas introduziu explicitamente que esta deveria cumprir sua função social no art. 5.º, incisos XXII e XXIII.

A propriedade não deixa de ser um direito individual, mas deve ter uma função na sociedade: é fundamento da ordem econômica, deve servir de moradia, de fonte de emprego, deve ser útil à sociedade como um todo, não pode mais ser abandonada ou negligenciada. Não pode ser utilizada para fins ilícitos, como o plantio de substâncias entorpecentes, o que pode levar ao seu confisco. E se for propriedade rural deve ser produtiva, sob pena de desapropriação para fins de reforma agrária”. BÉO, Cíntia Regina. *Contratos*. São Paulo: Harbra, 2004. p. 37.

Em épocas de ditadura, o processo civil tinha a lógica da segurança. O binômio tempo e controle fazia parte da mentalidade dominante. O exemplo mais claro que temos é o Código de 1973, que não via dificuldades na demora do processo nem no acúmulo de oportunidades recursais para a apreciação dos vários graus do Poder Judiciário. No fim da década de 1980, começo dos anos 1990, com a redemocratização brasileira e o fortalecimento dos grupos sociais organizados, o processo civil caminhou com passos mais largos, conseguindo na maioria dos casos atender os anseios da população e atingir suas finalidades.

As ações de caráter coletivo – Ação Civil Pública, Ação Popular –, os códigos de direitos sociais – Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente –, são todos institutos exemplares desta lógica integradora do processo civil, não mais preocupada apenas com a segurança processual.

A obra de Mauro Cappelletti<sup>5</sup> demonstra, porém, os problemas inovadores trazidos com o surgimento dos interesses difusos e coletivos, expondo que, na sua defesa em juízo, quão complicado se torna para o Estado, principalmente na falta de confiança que ele traz na defesa de interesses que ultrapassam as barreiras do individualismo, rompendo com o modelo solitário até então vigente.

É assim que se visualizam três paradigmas distintos do processo civil brasileiro nos últimos tempos: o do processo civil como controle ou segurança, cujo exemplo maior é o Código de Buzaid, na década de 70, o processo civil como coletivização dos conflitos, na década de 80, e o processo civil como efetividade ou rapidez, na década de 1990. A conquista de certo espaço de influência junto do Poder Legislativo, com a redemocratização, na década de 1980, e com a Constituição Federal de 1988, possibilitou uma interpretação progressista com um respaldo – ainda que difuso em muitos casos – em geral advindo da própria legalidade, e não em deformação dela.

A ampliação de meios de legitimação populares como a ação civil pública, ação popular, a afirmação cada vez maior dos direitos transindividuais homogêneos, difusos e coletivos, do direito do consumidor e da demanda coletiva no direito do trabalho, todos estes fatores, somados a uma compreensão jurídica que agora se respaldava não mais na letra legal, mas em geral em conjugações legais com a Constituição, possibilitaram uma nova construção da função jurídica que, em parte, redundou também na ampliação da levada de conflitos à apreciação do Poder Judiciário.

O fato da expansão, ainda que duvidosa ou mínima em muitos sentidos, da infinidade de leis e conquistas legais por grupos sociais dos mais variados, fez deslocar o sentido do progressismo jurídico do Poder Judiciário para o Poder Legislativo,

---

<sup>5</sup> Op. cit., p. 26.



uma vez que os grupos alternativos que se afirmavam até então ou eram cooptados pelos tribunais superiores ou eram massacrados teoricamente na arena jurídica, de tal modo que às gerações de operadores jurídicos que conheceram uma perspectiva de flexibilização na decisão jurídica sucederam-se gerações de caráter mais conservador e legalista, em grande parte pela perda de qualidade dos cursos jurídicos, em parte ainda maior pelo esvaziamento do caráter político do direito que se segue da redemocratização até os dias atuais<sup>6</sup>.

Dentro desta órbita do processo civil brasileiro, as ações coletivas ganharam grande importância na defesa dos interesses difusos e coletivos, ocasionando nova estruturação no modelo em que estávamos. Porém, a legitimação, como por exemplo, no caso da ação popular, na ação civil pública etc, é restrita a certo número de legitimados para proporem esse tipo de ação, quando se poderia ampliar o leque de atuação, torna-se um dos obstáculos ao acesso à justiça.

## Capacidade postulatória

Outro obstáculo que atravessa o cidadão na busca pelo acesso à justiça, diz respeito à presença do advogado em todo e qualquer processo. Colocando o problema, expressa Santos Bezerra:

A Constituição Federal de 1988 conferiu ao advogado a qualidade de ‘indispensável à administração da justiça’. Mesmo tendo-se a justiça como sendo apenas o judiciário, já é de grande relevância o seu papel. Tendo-se a justiça – como proposto desde o início das presentes reflexões – como algo que vai muito, além do judiciário, aí então transborda de importância a atividade do advogado. Bem desenvolvida é instrumento de acesso à justiça, mal desenvolvida é a mais pujante concretização do esfacelamento da justiça vez que é a figura mais próxima dos cidadãos em conflito, e, portanto, detentor do maior grau de confiança das mesmas<sup>7</sup>.

A questão da presença do advogado em todos os atos do processo ocasiona alguns problemas de difícil solução, sendo o principal oriundo da capacidade sócio-econômica da população, ou seja, a maioria das pessoas não tem condições de arcar com o pagamento dos honorários de um advogado, por isso, na maioria das vezes prefere não recorrer ao Judiciário já que aquilo que seria satisfeito pela tutela jurisdicional poderia ser menor do que arcaria com os honorários advocatícios, motivo pelo qual se evita socorrer ao Judiciário ante a impossibilidade de arcar com um advogado.

---

<sup>6</sup> SANCHES, Sydney. O juiz e os valores dominantes. O desempenho da função jurisdicional em face dos anseios sociais por justiça. In: NALINI, José Renato (Coord.). *Curso de deontologia da magistratura*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 27-36.

<sup>7</sup> BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 234.

Outro ponto importante acerca desse tema, diz respeito à qualidade dos advogados, já que o acesso à justiça passa, indispensavelmente, pelo assessoramento de um bom advogado. E disto deriva outros problemas, mormente no que tange à qualidade dos cursos de direito existentes atualmente em nosso país.

A baixa qualidade profissional do ensino jurídico ofertado no país, preponderantemente legalista, exegético e reproduzidor do *status quo*, leva a uma formação acadêmica deficitária e, conseqüentemente, gera um profissional de baixa qualidade. O advogado, na maioria dos casos, não tem noção da função social que exerce, não sabe que tem o *munus* público de bem atender seu cliente, sendo que somente aceita uma causa pensando única e exclusivamente em seus honorários, quando este devesse estar somado a um conjunto, não voltado exclusivamente ao dinheiro, mas também no interesse em solucionar o litígio, em realizar a pacificação social etc.

Porém, o nível da advocacia decaiu muito nestes últimos anos ante a elevada abertura de novos cursos, transformando o curso de direito em um verdadeiro mercado, voltado somente à captação de dinheiro pelas faculdades, deixando de lado todo e qualquer conscientização daqueles que adentram a esse curso. Ao lado disso, some-se a baixa qualidade dos professores que face à demanda dos cursos não acompanharam a evolução e a constante mutação da realidade social, tornando-se meros reprodutores de leis, sem conhecer a política, a cultura, a economia, a ciência etc, que exige do profissional uma visão mais ampla da realidade e não apenas formalista para que possa assessorar devidamente seu cliente.

Por fim, temos outro agravante na necessidade de advogado na solução dos conflitos, que diz respeito ao aspecto técnico, ou seja, qual a real necessidade do advogado em toda e qualquer atividade jurisdicional? O artigo 133 da Carta Magna diz “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

A discussão pendente, neste caso, parte de um questionamento sobre as mudanças que devem ser feitas, sobre a necessidade de advogado em alguns atos, como separação consensual, nos inventários onde há acordo sobre a partilha, em comparecimento nos contratos sociais de empresas. A obrigatoriedade da presença desses profissionais em vários atos, simplesmente para cumprir meras formalidades e burocracias, uma realidade existente em nosso sistema processual, é considerada ultrapassada em muitos pontos.

Essas alterações apresentam forte resistência por parte da doutrina, que apontam ser anticientífica a atribuição da capacidade postulatória a quem não esteja devidamente habilitado para exercê-la, ficando princípios como da isonomia, do devido processo legal, do contraditório, abalados sem a presença de advogados.

Assim, levando-se em conta os argumentos aqui expedidos, a questão da presença ou não do advogado em toda ou qualquer atividade jurisdicional, olhado sobre esse prisma é de complexa resolução por uma série de motivos, pois, de um lado aumenta a qualidade e a segurança da defesa dos interesses das partes, devido à formação técnica que possuem. De outra parte, a maioria da população não tem condições de pagar os honorários advocatícios, não bastando a presença física do advogado, mas sim a sua qualificação de profissional.

Em situações excepcionais, como os juizados especiais de pequenas causas, a presença de advogado nas causas inferiores a 20 salários mínimos se faz desnecessária, pois pode inviabilizar o espírito da própria instituição.

## Técnica Processual

Os obstáculos ao acesso à justiça passam também pela ausência de instrumentos processuais acessíveis e céleres e que possam resolver os conflitos de interesses que batem as portas do Judiciário. Essa demora existente no Brasil pode ser levada em conta pela legislação processual vigente que privilegia os maus pagadores, uma vez que a tramitação de um processo é lenta e sem soluções práticas que levem a efeito o almejado pelo demandante, o que ocasiona, na maioria das vezes, a desistência do ingresso de ações consideradas menores, seja pela questão financeira, já que as custas, honorários e a correção monetária afastem quem busca solucionar um problema, seja pela burocracia existente no Código de Processo Civil.

A técnica processual é influenciada pela demanda econômica de caráter intenso vindo dos grupos econômicos e de pressão nacionais e internacionais, que enxergam até hoje, nos direitos dos países periféricos, uma construção jurídica complexa e pouco eficaz e que impedia a agilidade negocial que é própria das demandas econômicas internacionais globalizadas contemporâneas, em tempo real e sem barreiras intervencionistas<sup>8</sup>.

Por conta disso, os grupos internos do direito que na década de 1990 vêm preparando e realizando a reforma do Poder Judiciário e do processo, encaminharam a reforma das instituições jurídicas e do modelo processual de decisão jurídica para a sua celeridade e para a sua eficácia, muito mais que para a afirmação da participação ou da consolidação da cidadania. Este processo, em escala internacional, vem esvaziando a possibilidade de direção do Estado e da democracia representativa nos rumos do direito, dando à mão de grupos

---

<sup>8</sup> OLGATI, Vitorio. Direito positivo e ordens sócio-jurídicas: um 'engate operacional' para uma sociologia do direito europeia. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 96-97.

judiciários, sempre técnicos, a incumbência e o poder de tornar o direito, antes que participativo e popular, ágil e eficaz.

Essas diretrizes de natureza política, judiciarizadas por sua introdução na Constituição brasileira, influenciam de forma direta a conformação do processo civil, que entre nós não se esgota no Código de Processo Civil. Todavia, o caráter individualístico e liberal do estatuto processual de 1973 – essencialmente inspirado em modelos legislativos e ensinamentos doutrinários da Europa continental – já se encontrava, ainda antes da sua promulgação da Carta Política de 1988, em aberta contradição com as linhas mestras do sistema constitucional e as tradições do direito brasileiro. Talvez o exemplo mais frisante patenteie-se na exclusiva preocupação com a regulação de litígios puramente individuais, sem qualquer referência às demandas de cunho social e coletivas, a se refletir na extensão da legitimidade. Da coisa julgada, nos poderes do juiz e de modo geral em toda a conformação do próprio Código<sup>9</sup>.

De tal modo a diretriz de concentração da condução processual no Poder Judiciário vai-se aumentando que muitas das reformas jurídicas dos últimos anos, e outras em estudos já em avançado grau para aplicação em breves tempos, chegam mesmo a ser consideradas duvidosas ou ilegítimas, substancialmente no que diz respeito às garantias fundamentais apregoadas constitucionalmente e que são esteio primário do processo. Os Juizados Especiais, o Rito Sumário, a Ação Monitória, a Tutela Antecipada, a transação penal e outros institutos são exemplares e paradigmáticos de uma certa lógica de resultados antes que de salvaguardas, que vão ao encontro de necessidades de esvaziamento político do Poder Judiciário<sup>10</sup>.

O mais exemplar demonstrativo deste esvaziamento de uma arena de legalidade nacional, no entanto, e de desconstrução de um modelo jurídico de legalidade e participação, é a Arbitragem, cuja lei, de 1996, foi aplaudida em meios jurídicos, políticos e econômicos como resolução dos problemas de demora processual e de leis que encareciam ou que dificultavam a maximização dos lucros empresariais, notadamente dos grupos transnacionais. Seu modelo jurídico é o de possibilidade de escolha de qualquer pressuposto de julgamento por parte do árbitro ou da câmara de arbitragem – a lei nacional, internacional ou qualquer outra convenção – para a resolução do conflito entre partes. Tal medida, somada à desnacionalização da personalidade jurídica dos grupos empresariais, vem tornando a decisão jurídica estatal nacional cada vez mais restrita a grupos sem expressão econômica ou a situações esvaziadas de relevante caráter político ou econômico.

Como se demonstrou o processo civil vem sendo objeto de reformas, cuja consequência imediata leva sempre se buscar alternativas, como a arbitragem, já

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 106-107.

<sup>10</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 38-41.

que tais reformas são feitas em detrimento de garantias individuais e coletivas. Temos a limitação dos recursos em contrapartida à proliferação de decisões liminares, à redução dos prazos e às dificuldades de defesa, colocando poderes enormes nas mãos de juízes muito das vezes inoperante<sup>11</sup>.

Assim, a matéria processual tem alguns problemas freqüentemente repetidos pelos doutrinadores como sendo essenciais para obstar o ingresso no judiciário.

Podemos enumerar alguns para efeito ilustrativo, como é o caso da existência de recursos em abundância em determinadas situações, procrastinando demasiadamente a solução da lide. A inclusão do procedimento sumário não atingiu seus objetivos, uma vez que era para ser um procedimento mais célere, porém, na prática não atinge essa finalidade. No tocante ao processo de execução, há necessidade de uma simplificação, já que é mais rebuscado que o processo de conhecimento. Há ainda, um grande número de procedimentos especiais além de questões diversas, ligadas às exigências de formalidades excessivas, à forma de produção de provas e ao modo de efetivar as citações e intimações.

Com isso, vemos que a aplicação da técnica processual ou a ausência dela também implica em um grave entrave na ventilação de hipótese de ingresso ao Judiciário que deve ser remediado como forma de solucionar aludida questão.

## O Poder Judiciário

Adentrando a estrutura do Poder Judiciário, também se encontram problemas que dificultam o acesso dos cidadãos com alguns problemas históricos que interferem diretamente nesta questão. Dentre estas questões, podemos destacar a morosidade existente na prestação jurisdicional, a carência de recursos materiais e humanos; a ausência de autonomia efetiva em relação ao Executivo e ao Legislativo, delimitando ainda, problemas como a centralização geográfica de suas instalações, dificultando o acesso de quem reside nas periferias, o corporativismo de seus membros e a falta de fiscalização na realização de seu trabalho.

Ao lado disso, há de acrescentar que a falta de conhecimento dos aplicadores do direito no que tange à solução dos conflitos, cria-se uma tendência de descrença

---

<sup>11</sup> “Observe-se que, após a Constituição de 1988 e com a criação dos Juizados de Conciliação consolidados, agora, nos Juizados Especiais da Justiça Comum e da Justiça Federal, reergue-se o Poder Judiciário que acaba tendo de absorver quantidade infinita de causas, inclusive as que referem aos interesses coletivos e difusos bem como ao direito consumerista. Já em relação a *saída para crise*, o professor Mesquita centra a solução na ‘ampliação dos recursos humanos e materiais’, pois assim o processo tornar-se-ia ‘processo acessível, rápido, seguro e eficaz’. (...) Destaque-se, entre recentes alterações do Estatuto Processual, a mitigação do princípio da colegialidade das decisões, inerentes ao julgamento próprio dos Tribunais e, em contrapartida, a concentração, no pólo de julgamento, do juízo monocrático de Primeiro Grau pelo julgador único e Segundo Grau”. RODRIGUES, Walter Piva. Responsabilidade da magistratura: o agravo de instrumento e a ‘reforma’ de suas reformas legislativas. *Revista do Advogado*, n. 84, ano 25, dez. 2005. p. 232-236.

crescente da população em relação à instituição, que somada à lentidão, à burocratização e à corrupção, desemboca na crise do Judiciário.

Com essa visão do descrédito caindo na população, os problemas, somados ao colapso social existente no Brasil, faz com que o crescimento da justiça paralela seja uma realidade em nosso país, como nas favelas em que a realidade vivida ao largo passa a do Judiciário, com a solução dos conflitos sendo feita por vias alternativas, o que na prática significa o retorno à auto-tutela e à barbárie.

Fatos que consideramos num plano menos importante, mas que também ocasionam o descrédito, é a nomeação dos membros de Instâncias superiores feitas pelo Legislativo e pelo Executivo, levando em consideração motivos políticos, o que evidentemente compromete a independência, desqualificando, ainda, os profissionais que deveriam ter sua ascensão profissional pelo merecimento.

O problema do Judiciário envolve muito pouco o problema dos magistrados, que apesar de terem certa influência no andamento da máquina não são as peças principais. O que há é falta de condições materiais de trabalho, como má remuneração, prédios com infra-estrutura inadequada, falta de servidores para cobrir a demanda, ausência de evolução tecnológica, que facilitaria em muito o serviço prestado, excesso de trabalho etc, além da corrupção existente por uma parte dos funcionários do Judiciário que acabam por atrapalhar a execução dos serviços e por em descrédito perante a população.

## Conclusões

Ao que vimos dos graves problemas enfrentados chegamos a conclusões básicas acerca do tema, sendo certo que o sistema jurídico deve ser acessível a todos, devendo produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos. Para solucionar os problemas apontados, busca-se solução das mais criativas possíveis que, porém, devido à evolução constante da sociedade, não conseguem atingir seu fim principal.

No tocante ao problema econômico à equação busca ser feita através da assistência gratuita com a futura instalação das defensorias públicas que, embora saibamos que se trata apenas de um paliativo e não da erradicação total da pobreza, consoante inserta em nossa Carta Constitucional. Embora não possa ser enfrentada diretamente através de legislação de conteúdo processual, o direito à informação poderia ser mais bem oferecido aos menos favorecidos com a criação das defensorias públicas que, remediaria o problema, embora paliativamente, mas daria maior alcance àqueles que necessitam saber quais são seus direitos.

Dizendo respeito à legitimidade para agir, em que pese ser um avanço processual as associações, os sindicatos, o ministério público serem legitimados a proporem

ações de cunho coletivo, ainda assim, vemos que sobre tais ainda padecem um certo preconceito, tanto da população quanto dos próprios aplicadores do direito, que interpretam restritivamente a capacidade postulatória destes entes dificultando cada vez mais o ingresso de ações, que poderia ser solucionado com a mudança da legislação com uma maior amplitude dos legitimados.

Em relação à capacidade postulatória sabemos que só a presença do advogado não supera o problema, sendo imprescindível uma assistência jurídica de qualidade, o que demanda em uma correção ao sistema de ensino jurídico aplicado no país, visando a preparação de profissionais não meros repetidores, mas sim críticos, pensadores e melhor preparados para a carreira jurídica.

Referindo-se à questão da técnica o formalismo e a burocracia vigentes em nosso processo civil decorrem primeiramente da legislação que não acompanha a evolução constante da sociedade, tendo ainda a mentalidade de 1973 para resolver problemas que requer urgência, sendo que a tentativa de melhora neste aspecto surgiu com as mini-reformas processuais que estão sendo feitas até o presente momento e, posteriormente, a mentalidade dos operadores do direito em ver o direito sob uma visão positivista e não instrumental.

Por fim, no que tange aos problemas do Judiciário, vemos que continua a ser dependente dos demais poderes, e que sofre com a política econômica, que faz com que não possam haver investimentos em seu aparelhamento e na oferta por melhores condições para quem o manuseia, somente havendo paliativos, com o começo da informatização que, ainda acanhada, começa a dar passos em direção à sua estruturação.

\*

## Bibliografia

- BÉO, Cíntia Regina. *Contratos*. São Paulo: Harbra, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CAPELETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito e filosofia política: a justiça é possível*. São Paulo: Atlas, 2003.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- OLGIATI, Vitorio. Direito positivo e ordens sócio-jurídicas: um 'engate operacional' para uma sociologia do direito européia. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 96-97.
- RIBEIRO, Hécio. *Justiça e democracia: judicialização da política e controle externo da magistratura*. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- RODRIGUES, Horácio Vanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- RODRIGUES, Walter Piva. Responsabilidade da magistratura: o agravo de instrumento e a 'reforma' de suas reformas legislativas. *Revista do Advogado*, ano 25, n. 84, p. 232-236, dez. 2005.
- \_\_\_\_\_. et al. *Acesso à justiça e cidadania*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- SADEK, Maria Tereza. *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Uma introdução ao estudo da justiça*. São Paulo: Sumaré, 1995.
- SANCHES, Sydney. O juiz e os valores dominantes: o desempenho da função jurisdicional em face dos anseios sociais por justiça. In: NALINI, José Renato (Coord.). *Curso de deontologia da magistratura*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 27-36.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.



# A saúde e o princípio da seletividade e distributividade das prestações no sistema de seguridade social

**CRISTIANE MIZIARA MUSSI**

*Doutora em Direito Previdenciário – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.*

*Mestre em Direito das Relações Sociais – Subárea de Direito Previdenciário – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.*

*Especialista em Direito do Consumidor – Centro Universitário de Rio Preto.*

*Professora de Direito Previdenciário das Faculdades Integradas Padre Albino e do Centro Universitário de Rio Preto. Advogada.*

**Resumo:** O presente estudo tem por objetivo a análise do princípio da seletividade e da distributividade na prestação da saúde no sistema de seguridade social, frente aos ditames norteadores do Estado do bem-estar e da justiça sociais. A importância deste estudo é latente, já que explora uma área carecedora de pesquisa. Ademais, trata-se de um tema principiológico, base de sustentação do sistema Democrático de Direito. Com relação aos aspectos teórico-metodológicos foram realizados coleta e estudo de artigos e demais doutrinas pertinentes ao assunto. Os resultados obtidos nos reportam à conclusão de que o princípio da seletividade e da distributividade na saúde não excepciona a proteção social, vez que visa garantir a proteção ao maior número de pessoas possível. Para tanto, as necessidades de cada qual serão verificadas, para que os recursos do sistema sejam distribuídos de forma igualitária na área da saúde.

**Palavras-chave:** Dignidade da Pessoa Humana; Princípio da Seletividade e Distributividade; Saúde; Risco social.

**Abstract:** The present article aim is to analyze selective and distributive principles on social security health service related to the Welfare State and social Justice guideline commands. This study importance is latent, once it's a lacking research area. Furthermore, it's a principologic theme on which is based the democratic rule-of-law state. Mentioning the theory and methodological aspects, information gathering and related doctrine study were done. The results provided show us the selective and distributive principles don't except the social protection, once they're aimed to guarantee protection to as many people as it's possible. For that, each person needs is observed in order to get the same measurement resource distribution in the health area.

**Key-words:** Human Being Dignity; Selective and Distributive Principle; Health; Social Risk.

## Introdução

O presente estudo faz uma análise do princípio da seletividade e distributividade das prestações de seguridade social - em especial na área da saúde - constitucionalmente consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, no inciso III do parágrafo único do artigo 194. Trata-se de um princípio de grande relevância social, já que traz a aplicação da justiça no caso concreto.

Daí a importância de se estudar este princípio inserido no Título VIII que trata da “Ordem Social”, que tem como objetivos o alcance do bem-estar e da justiça sociais (art. 193, Constituição Federal, 1988).

Nesta seara, a saúde - como componente da seguridade social - precisa ser resguardada por todo arcabouço legislativo, enquanto direito de todos e dever do Estado (art. 196, Constituição Federal, 1988).

## **Proteção dos riscos sociais como medida de bem-estar e justiça sociais**

Para que seja alcançado o bem-estar social, a Constituição Federal relaciona no artigo 6.º, os direitos sociais. São eles: direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência aos desamparados (grifo nosso).

Somente através da articulação de ações entre o Estado e a sociedade, o bem-estar social poderá ser efetivado (artigo 194, Constituição Federal de 1988).

Como afirma Wagner Balera “esses axiomas fundamentais – bem-estar e justiça – representam o centro de gravidade de todo o sistema constitucional, no campo social”<sup>1</sup>.

E continua:

Quando, pois, a seguridade social – combinação da igualdade com a solidariedade – proporcionar equivalente quantidade de saúde, de previdência e de assistência a todos quantos necessitem de proteção, poder-se-á dizer daquele momento histórico: o bem-estar e a justiça estão concretizados<sup>2</sup>.

Visa o sistema de seguridade social proteger a sociedade contra os possíveis riscos sociais.

Considerando a importância social da qual se reveste, tais riscos passaram a ser protegidos pelo Estado.

“Risco”, a princípio, é a terminologia utilizada para designar um evento futuro e incerto. O homem, desde os primórdios da civilização, busca uma espécie de amparo privado ou social, a fim de resguardar-se de possíveis infortúnios.

---

<sup>1</sup> BALERA, Wagner. Introdução à seguridade social. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (Coord). *Introdução ao direito previdenciário*. São Paulo: LTr., 1998. p. 12.

<sup>2</sup> Idem, *Ibidem*. p. 24.

Entretanto, ao consideramos o risco como social, nem sempre estaremos nos referindo a um evento futuro e incerto. No dizer de Almansa Pastor:

La concepción del riesgo como posibilidad futura de un hecho quiebra en el seguro social progresivo cuando, al constituirse la relación aseguradora, la protección no atiende sólo a la posibilidad de eventos futuros e inciertos, sino también a hechos preexistentes y ciertos (ayuda familiar, por ejemplo, por hijos nacidos antes de constituirse la relación jurídica de seguro social)<sup>3</sup>.

A noção de risco social surgiu da consciência de que situações poderiam ocorrer a determinados cidadãos, causando, em consequência das mesmas, prejuízo a toda a sociedade. Daí afirmar-se que o risco social refere-se a um perigo ao qual toda a sociedade está sujeita.

Hodiernamente tal proteção se dá através do sistema de seguridade social (artigo 194 e ss., Constituição Federal, 1988), que ampara os riscos sociais através de prestações previdenciárias (para os segurados que contribuírem para o sistema e necessitarem, desde que cumpridos os requisitos legais), assistenciais (para o economicamente pobre, desprovido de condições de sustento) e com relação à saúde (garantida a quem necessitar, independentemente da condição econômica).

Com efeito, a situação de risco social é verificada quando se registram fatores de vulnerabilidade social, acrescidos à privação de condições básicas necessárias ao nível mínimo de dignidade e de bem-estar social. Neste passo, surge a necessidade de cooperação e apoio mútuos.

Para a proteção de toda a sociedade, foi instituído um seguro social, com feição obrigatória, sendo originário do seguro privado e tendo o intuito de prevenção e reparação de qualquer dano oriundo de um risco social.

Os riscos protegidos são discriminados pelo Estado e considerados sociais já que ao atingir um membro da sociedade, seus efeitos se irradiariam por toda ela.

Para tanto, o Estado considerou desde problemas oriundos do meio físico, como do meio orgânico. Além desses fatores, a economia do país foi observada para que ficassem determinados quais os riscos que mereciam melhor atenção e quais as pessoas que, efetivamente, deveriam ser protegidas (o que corresponde, no atual ordenamento jurídico, ao princípio da seletividade e da distributividade imposta no país e objeto deste estudo).

---

<sup>3</sup> “A concepção de risco como possibilidade futura de um fato quebra no seguro social progressivo quando, ao constituir-se a relação asseguradora, a proteção não atende só a possibilidade de eventos futuros e incertos, senão também à fatos pré-existentes e certos (ajuda familiar, por exemplo, por filhos nascidos antes de constituir-se a relação jurídica de seguro social).” PASTOR, Jose Manuel Almansa. *Derecho de la seguridad social*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1991. p. 221. Tradução nossa.

Neste sentido, a saúde cuidou de proteger o risco doença, atuando na promoção, proteção e recuperação da população (art. 196, Constituição Federal, 1988).

Traça a saúde o ideal da seguridade social ao proteger os indivíduos independentemente da sua profissão ou condição social.

Como se verifica, existe uma responsabilidade social em reparar a necessidade decorrente de um risco social, a qual tem sua fonte na solidariedade, na dignidade da pessoa humana, no amparo individual para proteção do social.

Neste contexto, a Carta Constitucional é a grande medida Estatal para que tais riscos sejam cobertos.

## O princípio da isonomia e o direito à saúde

A saúde traz como princípio fundamental a universalidade de cobertura e do atendimento que, por sua vez, decorre do princípio da igualdade.

O princípio da igualdade ou isonomia em análise é assegurado em nosso ordenamento e alçado em nível de direito fundamental, estando delineado no artigo 5.º, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

Com efeito, consagrou o texto constitucional, de forma ampla e genérica, a igualdade de todos perante a norma legal, vedando a distinção a qualquer título.

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n. 217A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e assinada pelo Brasil nesta mesma data, dispõe em seu artigo 1.º que: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos (...)”.

Diante disso, não existe homem que nasça com menor ou maior quantidade de direitos, e nem homem que já nasça dotado de certos privilégios perante a lei.

Assim, todos devem ser tratados igualitariamente. Será considerado arbitrário o tratamento diferenciado dado a determinado cidadão.

A verdadeira igualdade, já dizia Rui Barbosa<sup>4</sup>, não consiste apenas em tratar igualmente a todos, mas sim em conferir tratamento desigual, na estrita medida em que se desigalam.

---

<sup>4</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1988. p. 32.

Da mesma forma, Aristóteles<sup>5</sup> afirmava que a igualdade reside no tratamento igualitário aos iguais e desigual aos desiguais.

Para que haja igualdade no caso concreto, é preciso separar em grupos todos os elementos e pessoas que compõem a situação a ser analisada. Havendo apenas um grupo formado, não será possível fazer qualquer distinção entre os integrantes do grupo. Mas, se ao separar em grupos, vários destes se formam, o tratamento será diferenciado conforme cada qual.

De acordo com Celso Antônio Bandeira De Mello, “dês que se atine com a razão pela qual em um caso o *discrímen* é ilegítimo e em outro legítimo, ter-se-ão franqueadas as portas que interditam a compreensão clara do conteúdo da isonomia”<sup>6</sup>. E continua: “Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia”, merece destaque, pela pertinência com o presente estudo, a de que:

(...) in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público<sup>7</sup>.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (relaciona três questões que devem ser levadas em consideração para que não haja desrespeito à isonomia:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados<sup>8</sup>.

Confirma-se assim, que a igualdade só será resguardada se aplicada ao caso concreto, elegendo os fatores de *discrímen* em conformidade com o que dita a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988.

Nota-se que a busca pela igualdade atinge toda a existência humana. Isso não é fator impeditivo de possíveis desigualdades na lei e até mesmo necessárias em determinadas hipóteses, desde que o fator de discriminação, eleito pelo legislador, dentre outros aspectos, não afronte o texto constitucional e que seja justificável.

---

<sup>5</sup> ARISTÓTELES. Política. Tradução Baby Abrão. In: FLORIDO, Janice (Coord.). *Aristóteles*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores). p. 234.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 12.

<sup>7</sup> Idem, *Ibidem*. p. 41.

<sup>8</sup> Idem, *Ibidem*. p. 21.

A própria Constituição admite exceção ao princípio da igualdade. Além do mais, este princípio deve ser entendido em harmonia com os outros princípios constitucionais que tenham igual hierarquia, estabelecendo-se, desta forma, uma relação de coordenação.

Com relação ao direito à saúde, entendeu o constituinte que não deve haver qualquer distinção entre os sujeitos protegidos. Isto se dá em virtude do fato de que a saúde relaciona-se ao direito à vida, bem supremo, consagrado pelo nosso constituinte e indissociável do ser humano.

Nessa medida, a saúde é tida sob um caráter universalizante. Todos têm direito à saúde, na medida em que necessitem. É dever do Estado garantir a saúde da população, através da promoção, proteção e recuperação da mesma, conforme disciplina o artigo 196 e s.s. da Carta Constitucional de 1988.

Desta forma, a saúde cumpre não só a igualdade formal (perante a lei), mas também a igualdade real (na lei).

A respeito J. J. Gomes Canotilho dispõe que “a igualdade objetivada pelo princípio democrático é a material e não apenas a formal. Esse princípio busca uma igualdade de oportunidades além de pretender a realização da justiça em virtude dessa igualização”<sup>9</sup>.

Tamanha é a importância da igualdade na lei que cumpre esclarecer que para existir a verdadeira igualdade, esta deve ser verificada materialmente, no plano da concretização do Direito. É a igualdade materialmente concretizada a guia mestra para a proteção à dignidade da pessoa humana.

Na acepção de Ingo Wolfgang Sarlet:

Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária<sup>10</sup>.

O mesmo autor continua:

(...) onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para a existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Lisboa: Livraria Almedina, 1998. p. 338.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 47-48.

<sup>11</sup> Idem, *Ibidem*. p. 61.

Neste diapasão, podemos verificar que o sistema de seguridade social é portador da tão almejada segurança social; segurança esta que é fruto da luta dos povos, por uma vida mais digna, em que a estrutura social e familiar são resguardadas.

Destarte, a saúde, a assistência e a previdência social formam a tríade protetiva do Estado Social, garantindo o amparo aos riscos sociais, com a conseqüente transformação da sociedade dos oprimidos em sociedade dos afortunados.

A seguridade social revela o ideal da dignidade humana e é expressão utilizada pela Carta Constitucional de 1988 (artigo 194, *caput*), englobando em seu conceito a saúde, a previdência social e a assistência social.

Nesse sentido, o artigo 194, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Conforme enuncia o artigo 196 da Constituição da República de 1988, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Desta forma, a prestação dos serviços na área da saúde será devida independentemente de contribuição. A previdência social exige contribuição compulsória dos segurados, para que estes possam ser protegidos em situação de risco social (morte, invalidez, doença etc.). Refere-se, na realidade, a um verdadeiro seguro coletivo, com o qual os trabalhadores serão amparados estendendo seus efeitos para toda a população. A assistência social, por sua vez, embora não exija contribuição, será prestada apenas àquele que necessitar, de acordo com o artigo 203 da Carta Constitucional de 88.

Trata-se de um sistema com finalidade social, que preconiza em seus ideais a justiça de um povo, através de um tratamento digno, igualitário, em que a cidadania é respeitada.

Como enuncia Antonio Bonival Camargo:

Proteção é finalidade a ser obtida, os princípios têm cunho orientador, indicativo da meta a ser perseguida, um como astrolábio ou instrumento moral (se se pudesse materializar), vontade introspectora de rumos, instrumento orientador da busca, bússola indicadora da rota por ser perseguida – já a proteção, ao reverso, é o fim buscado, e a finalidade por ser obtida<sup>12</sup>.

Portanto, o sistema de seguridade social visa a proteção social. Sendo necessário valer-se das regras, que são embasadas nos princípios.

---

<sup>12</sup> CAMARGO, Antonio Bonival. *Princípios e ideologias aplicados na relação de emprego*. Bauru(SP): Edipro, 2000. p. 425.

Além da proteção social, é também finalidade do Estado, o alcance da justiça social observada no caso concreto. Neste contexto, a saúde é um dos meios encontrados pelo Estado para a preconização da justiça na sociedade brasileira.

## **A saúde e o princípio da seletividade e distributividade das prestações no sistema de seguridade social**

O princípio da seletividade e da distributividade decorre do princípio da isonomia, representado a igualdade real inserida no sistema de seguridade social. A igualdade formal, por sua vez, é inserida no artigo 194, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal de 1988, através do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento (caráter universalizante do sistema), podendo ser analisado num aspecto subjetivo e objetivo.

Do ponto de vista objetivo, a cobertura será garantida a todos os riscos sociais possíveis. Sob o prisma subjetivo, quer significar que todas as pessoas em situação de risco social serão protegidas.

A universalidade da cobertura e do atendimento traz a verdadeira estampa da igualdade e, a partir dela, surgem os princípios da seguridade social subsequentes.

O princípio da seletividade e da distributividade na prestação de benefícios e serviços está relacionado na Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988, no inciso III, do parágrafo único do artigo 194.

A seletividade refere-se a um momento pré-legislativo, em que serão avaliados os fatos que, ocorridos no mundo fenomênico, necessitam de proteção. Há, pois, que ser observada toda a tensão fático-axiológica existente, e, a partir do complexo axiológico (valorativo) que se mostra e do complexo fático que se coloca, surgirão proposições normativas das quais uma será escolhida através da intervenção do poder, dando origem à norma.

Após a utilização da seletividade, cabe ao legislador utilizar-se da distributividade, ou seja, a partir da seleção e tipificação das situações fáticas (riscos sociais) que merecem proteção, deve o legislador tipificar como será realizada a distribuição pelo sistema de seguridade social. E decidiu o legislador – a partir da análise da realidade social – que essa distribuição será efetivada de maneira igualitária a partir dos recursos disponíveis no sistema.

Como se verifica, por meio da seletividade, o legislador deverá verificar quais os riscos sociais que merecem proteção e através de quais prestações tais riscos serão cobertos. E, considerando a distributividade, caberá ao legislador definir uma forma de distribuição igualitária, que coadune com a necessidade



do indivíduo (como ocorre na assistência social), ou com a contribuição vertida ao sistema (como ocorre na previdência social).

Ressalte-se que há certa discricionariedade no que se refere à seleção e distribuição das prestações securitárias. Contudo, essa discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade. O legislador, ao utilizar o princípio em análise, deve agir conforme os ditames constitucionais, tomando decisões legalmente aceitas, sob pena de desconfigurar a real intenção do constituinte.

Empregada a seletividade, ocorre, em verdade, o rastreamento e seleção das necessidades sociais urgentes, que merecem amparo estatal, já que não seria possível ao Estado proteger todas as situações de risco existentes. Apenas as situações realmente necessárias serão protegidas, restando ao Estado garantir condições mínimas à massa populacional que se encontra à margem da sociedade.

À luz da distributividade, é possível atingir-se a redistribuição de renda esperada no sistema capitalista que impera. Com isso, a luta dos socialmente excluídos ganha maior dimensão, e os riscos sociais são amenizados.

Wagner Balera expõe que:

A seletividade, fixando o rol de prestações, e a distributividade, definindo o grau de proteção devido a cada um, são colorários da isonomia em tema de seguridade social. Contudo, as diretrizes em questão operam como redutores, na medida em que dão moldura ao vasto campo de aplicação dos programas de seguridade social<sup>13</sup>.

Assim, a seletividade e a distributividade conferem o ideal de igualdade social, já que protegem aqueles que necessitam, diferenciando-os dos demais por se apresentarem em situação de desigualdade. A eficácia da distributividade está ligada diretamente à eficácia da seletividade. Só será possível falar-se em justiça e igualdade sociais se tal princípio for adequadamente aplicado.

Para que a distributividade seja concretizada, com amparo na igualdade, são apontadas ações governamentais, no sentido de incluir ao sistema aqueles que são marginalizados pela sociedade. Para tanto, a assistência social age como integradora dos excluídos nos programas sociais, trazendo, conseqüentemente, o amparo social. Da mesma maneira, a saúde, que é direito de todos e dever do Estado, interage de

---

<sup>13</sup> BALERA, Wagner, op. cit.. p. 51.

forma a integrar estes marginalizados ao sistema, distribuindo proteção a quem dela necessite.

A previdência social, como já mencionado, é devida apenas àqueles que contribuem para a mesma. No entanto, dentro desta perspectiva, a distributividade atua de forma a contemplar os segurados conforme sua contribuição, entendendo, inclusive, que em alguns casos, determinados segurados não necessitam de proteção, como ocorre com o salário-família e com o auxílio-reclusão em que a baixa renda é o fator determinante para a percepção do benefício.

Resta frisar que os princípios da seletividade e da distributividade visam à concreção da idéia de proteção igualitária: protege-se porque é preciso, mas o atendimento ocorre tão somente se, quando e na estrita medida do necessário.

Vivemos num Estado Democrático de Direito, em que se busca pela igualdade real. Neste contexto, havendo necessidade, a assistência social irá amparar; havendo contribuição, a previdência estará pronta a atender aquele que sofrer um risco social, conforme a sua participação no custeio e, em alguns casos, se o legislador entender necessário (como ocorre com o salário-família e o auxílio-reclusão); e, no que se refere a saúde, todos serão protegidos, independentemente da contribuição ou da necessidade. Feita esta análise, restará ao sistema a concessão da proteção devida.

Na previdência social, selecionados os riscos sociais, os mesmos são distribuídos conforme a contribuição, respeitados os limites quantitativos: piso mínimo vital e teto máximo concedido. Há, no entanto, que estar configurada a situação de risco social previamente selecionada pelo legislador.

Na assistência social, o amparo será garantido no valor do salário-mínimo, desde que os requisitos constitucionais para aferição dos benefícios estejam cumpridos. Apenas os indivíduos que na situação concreta necessitam de proteção, serão protegidos. Os demais, pelo princípio isonômico, não terão direito ao recebimento das prestações de seguridade social, por não se enquadrarem entre os grupos que merecem proteção.

Tais fatores não contrariam o princípio isonômico que permite o tratamento diferenciado quando as pessoas consideradas não estão postas na mesma situação, ou seja, em situação de necessidade.

Na saúde, é verificada uma situação diferente, já que a mesma é garantida a todos indistintamente.

Lançadas estas considerações, fica claro que todos os extratos da sociedade devem ser analisados, devendo o princípio da distributividade corroborar com a existência real de oportunidades econômicas e sociais.

John Rawls aponta que:

(...) Numa sociedade bem-ordenada, em que estão garantidas tanto as liberdades básicas iguais (com seu valor eqüitativo) como a igualdade eqüitativa de oportunidades, a distribuição de renda e riqueza ilustra o que podemos chamar de justiça procedimental pura de fundo. A estrutura básica está organizada de tal modo que quando todos seguem as normas publicamente reconhecidas de cooperação, e honram as exigências que as normas especificam, as distribuições específicas de bens daí resultantes são consideradas justas (ou pelo menos não injustas), quaisquer que venham a ser<sup>14</sup>.

Conforme ensinamento de José Reinaldo de Lima Lopes “os objetivos gerais coletivos destinam-se a distribuir de certa forma os benefícios da vida social, em torno de alguns objetivos maiores: eficiência econômica, igualdade ou proporcionalidade na distribuição etc.”<sup>15</sup>.

No complexo sistema securitário social, a idéia de proporcionalidade não se ajusta às prestações previdenciárias.

Na realidade, o que se espera é que seja atingida a igualdade de bem-estar social. Para isso, serão averiguadas as condições sociais mínimas para a sobrevivência dos indivíduos, sem que lhes seja retirada ou minimizada sua dignidade enquanto ser humano.

O ideal do sistema não é manter altos padrões de vida, mas o de garantir aquilo que se denomina “mínimo vital”. Não se espera atingir satisfações pessoais, mas sim o esgotamento das necessidades essenciais do ser humano.

Observando as necessidades sociais, o Estado caminhará rumo à sonhada justiça social, ideal constitucional, especialmente perseguido pelo sistema de seguridade social, como fim último do mesmo.

Neste sentido, necessário se faz o estudo da seletividade e da distributividade nas três áreas de abrangência do sistema securitário social: saúde, previdência e assistência social.

Tratando especificamente da seletividade e distributividade na saúde, observa-se que:

A Organização Mundial da Saúde traz a necessidade de se garantir o completo bem-estar físico e mental do ser humano.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também consagra o direito à saúde no artigo XXV.

---

<sup>14</sup> RAWLS, John. *Justiça como eqüidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção Justiça e Direito). p. 71.

<sup>15</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 124.

A Carta da República de 1988 consagra o direito à saúde como direito social (artigo 6.º), dispondo nos artigos 196 a 200 a respeito da saúde. Conforme dispõe o artigo 196, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Este enunciado é repetido pelo artigo 2.º da Lei n. 8.212/91.

Como se verifica, o acesso universal e igualitário é constatado também na saúde. De acordo com Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen:

A proteção à saúde, pela via dos serviços a elas pertinentes, deveria, assim, configurar-se enquanto direito acessível a todos, independentemente da situação de cada indivíduo na sociedade, isto é, de sexo, idade, estado civil, nacionalidade, profissão, posição social. Essa concepção universal difere da idéia de seguro de saúde ofertado somente aos trabalhadores, relacionado à sua inserção ocupacional, portanto restrito à população economicamente ativa<sup>16</sup>.

Segundo Wagner Balera o direito à saúde refere-se a um direito subjetivo público, que não pode ser negado, sob pretexto algum, à nenhuma pessoa<sup>17</sup>.

Além deste princípio, outros são observados, como se extrai do artigo 198 e parágrafo único do artigo 2.º da Lei n. 8.212/91. São eles: provimento das ações e serviços através de rede regionalizada e hierarquizada, integrados em sistema único; descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade na gestão, fiscalização e acompanhamento das ações e serviços de saúde; participação da iniciativa privada na assistência à saúde, obedecidos os preceitos constitucionais.

Disciplinando também a matéria, a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, considera a saúde como direito fundamental do ser humano, cabendo ao Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (artigo 2º, *caput*).

Mas qual a extensão da proteção à saúde?

O risco a ser protegido não é o de exclusão social, como ocorre na assistência social, mas o risco à vida advindo da falta de saúde. Disso depreende-se que o

<sup>16</sup> FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 298-299.

<sup>17</sup> Vide BALERA, Wagner. O direito constitucional à saúde. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, ano 16, n. 134, 1992. p. 633-634.

Estado e toda a sociedade devem mobilizar-se para que a saúde passe pelo processo de prevenção, proteção e atendimento. Assim, a saúde não se refere a um direito subjetivo individual, mas sim um direito subjetivo público.

Coadunando com esse entendimento, os §§1º e 2º do artigo 2.º da Lei n. 8.080/90, *in verbis*:

Art. 2º.

(...)

§1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§2º. O dever do Estado não exclui o das pessoas, das famílias, das empresas e da sociedade.

Necessário se faz, portanto, a efetivação de políticas públicas que garantam saúde à população. A respeito dispõe o artigo 197 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Saliente-se que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (artigo 199 da Carta Maior de 1988).

A proteção à saúde está relacionada a alguns fatores considerados condicionantes e determinantes, tais como a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais, conforme disciplina o artigo 3.º, *caput*, da Lei n. 8.080/90. Considerando a parte final deste artigo, conclui-se que os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do país.

É de conhecimento notório que a saúde da população reflete o contexto social em que o indivíduo está inserido. Através da proteção à saúde, o bem-estar físico, mental e social das pessoas é resguardado. A partir daí, constata-se uma sociedade em que a dignidade da pessoa humana representa a base de sustentabilidade do país, movido por um sistema humanitário: sistema de seguridade social.

A saúde, através do SUS (Sistema Único de Saúde), presta serviços à população, que necessita de prevenção, proteção ou recuperação da mesma.

Cuidando disso, o legislador selecionou em três categorias, cuidados que o Estado e a própria sociedade devem ter com a saúde. Como já observado, tais cuidados referem-se desde a prevenção, até a proteção e a recuperação, ou seja, não há necessidade do indivíduo já estar acometido de alguma doença ou lesão.

As situações de risco que merecem prevenção referem-se, em especial, às hipóteses de doenças endêmicas e contagiosas. No tocante às doenças que merecem proteção, fica aberta a proteção a qualquer contingência que afete a saúde da pessoa, sendo garantido o tratamento adequado, que pode ser efetuado através de medicamento, internação, tratamento cirúrgico etc. Por fim, para a recuperação do indivíduo acometido de alguma doença, devem ser utilizados todos os meios possíveis para atingi-la. Através do sistema de saúde, o Estado tenta integrar o indivíduo acometido de uma doença novamente na sociedade, por meio de serviços sociais e reabilitação profissional.

Mas apenas na prática o princípio da seletividade pode ser observado no âmbito da saúde. Isto porque, ainda que exista um rol de possíveis doenças que possam surgir, é meramente exemplificativo, já que a medicina sempre descobre novas doenças, novos tratamentos e, principalmente, novas possibilidades de prevenção. Não é possível, de antemão, delimitar quais as doenças serão protegidas. Na redação do texto constitucional, todas as doenças merecem atenção conferida pela saúde.

Nesta acepção, são inseridas no esquema de prevenção, proteção e recuperação, todas as doenças capazes de gerar necessidade de amparo pelo sistema de saúde, seja em decorrência de possível causadora de dano (prevenção), seja em decorrência do efetivo dano (proteção), seja com o intuito de reparação (recuperação). Selecionando tais doenças, que precisarão ser analisadas caso a caso, a proteção abarcará todas as pessoas que solicitarem serviços relativos à saúde.

Isso significa afirmar que, na realidade, o princípio da distributividade não atua efetivamente na saúde, já que todos os indivíduos têm direito à proteção.

Na verdade, a saúde é garantida a qualquer indivíduo e não apenas a parcela carente da população. O conceito de vulnerabilidade é estendido a toda população, independentemente do poder aquisitivo do indivíduo.

Portanto, não se pode estipular um critério de distributividade, a tal ponto que determinado indivíduo não obtenha proteção relacionada à saúde, como ocorre na previdência social e na assistência social. Aquele que estiver doente terá direito à proteção do risco doença pelo Sistema Único de Saúde – SUS, na medida de sua necessidade, independentemente de contribuição, não podendo ser adotado qualquer critério de discrimen por relacionar-se ao direito à vida.

É, por assim dizer, a igualdade ideal aplicada no plano concreto, impossibilitando o aplicador da lei de efetuar a distributividade no sentido de restringir a proteção social ligada à saúde de determinado cidadão.

## **Conclusão**

Qualquer doença pode dar ensejo à prestação advinda da saúde. Nesta linha, segue que a distributividade abarcará toda a população que venha ou possa vir a ser acometida de uma contingência social, sendo desconsiderado o fator econômico do indivíduo que pede proteção ao sistema de saúde.

Desta maneira, não pode haver qualquer distinção de classe, sendo irrelevante a renda, a posição social ou profissional do indivíduo.

O fato do indivíduo ter condições de promover a sua saúde, não é critério plausível para que haja o *discrímen*, já que a Constituição leva em conta um bem muito maior: o direito à vida, à dignidade humana que pertence a todos indistintamente.

Portanto, o direito à saúde refere-se a um direito subjetivo público, sendo indisponível e assegurado a todas as pessoas pela própria Carta Constitucional.

Claro que, embora direito subjetivo público, garantirá apenas o mínimo necessário à uma sobrevivência digna, encontrando limites no orçamento da Seguridade social.

\*

## Bibliografia

- ARISTÓTELES. Aristóteles. Política. Tradução Baby Abrão. In: FLORIDO, Janice (Coord.). *Aristóteles*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores).
- BALERA, Wagner. Introdução à seguridade social. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (Coord). *Introdução ao direito previdenciário*. São Paulo: LTr., 1998.
- \_\_\_\_\_. O Direito Constitucional à Saúde. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, ano 16, n. 134, p. 633-634, 1992.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1988.
- CAMARGO, Antonio Bonival. *Princípios e ideologias aplicados na relação de emprego*. Bauru(SP): Edipro, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Lisboa: Livraria Almedina, 1998.
- FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- PASTOR, Jose Manuel Almansa. *Derecho de la seguridad social*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1991.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção Justiça e Direito).
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.



# O direito de superfície no ordenamento brasileiro<sup>1</sup>

**RIMA GORAYB**

*Mestra em Direito e Desenvolvimento – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.*

*Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino*

*Ex-Professora da Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro.*

**Resumo:** O presente artigo pretende contribuir para o maior conhecimento de um dos instrumentos jurídicos concernentes ao uso do solo: o direito de superfície. Procura enfocar a legislação atual brasileira: o Estatuto da Cidade e o Código Civil de 2002, destacando as principais discussões jurídicas sobre o tema.

**Palavras-chaves:** Direito Civil; Direitos Reais; Direitos Reais sobre Coisa Alheia; Direito de Superfície; Superfície.

**Abstract:** The present article intends to give a contribution to an increased understanding on one of the legal land usage instrument: Land Surface Law. It's aimed to evidence the current Brazilian Legislation, The Cities Statute and the Civil Code in force since 2002, showing the relevance of the most important juridical discussions about it.

**Key words:** Civil Law; Property Law; Property Law on Mischief thing; Land Surface Law; Surface;

## Introdução

No Brasil, o decreto-lei nº. 271 de 28 de fevereiro de 1967 dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador e cria em seus artigos 7º e 8º a chamada “concessão de uso e espaço aéreo”. Do artigo 7º extrai-se o conceito do direito de superfície: é um direito real sobre a coisa alheia (§4º), que concede para fins de interesse social, a utilização de terrenos públicos ou particulares, de forma gratuita ou remunerada, como direito real resolúvel (*caput*).

## Finalidade do instituto jurídico

A intenção do legislador, ao criar um instituto jurídico que possibilitasse uma nova modalidade do uso do solo, foi louvável e necessária. Todavia, daí resultou instituto de denominação nitidamente administrativa e que, no entanto, criava entre nós um novo direito real: que passou a ser denominado *concessão de direito real de uso*; um instituto híbrido, portanto, e de denominação ambígua.

---

<sup>1</sup> O presente artigo consiste em atualização e desenvolvimento de parte da tese de mestrado defendida pela autora na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro em. Referências completas sobre o tema podem ser encontradas na obra da autora intitulada “O Direito de Superfície” publicada pela editora *Quartier Latin*.

Ora, nosso direito não carecia da figura da concessão, ato da administração, regulamentado e intensamente praticado entre nós pelo Poder Público; nem também do direito real de uso, previsto no artigo 674, IV, e regulamentado nos artigos 742 a 745 de nosso Código Civil de 1916, então vigente, onde não se inclui o gozo dos frutos ao usuário, nem se permite a cessão de uso. Então, que novo direito é esse?

Percebe-se que seu objetivo principal era provocar a utilização de terrenos que permanecem estéreis, tanto pertencentes aos poderes públicos, como os de particulares. Essa utilização deveria atender a fins “de interesse social”. Esse termo é por demais abrangente; o próprio decreto-lei, ao enunciar esses interesses sociais, deixa uma alternativa quase ilimitada. Assim é que ele nos diz, no *caput* do art. 7º “(...) para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social”.

Não estávamos sozinhos quando afirmávamos que a chamada “concessão de uso” nada mais era que o direito de superfície revivido entre nós com outra denominação; comungavam da mesma opinião o professor Paulo Rocha Lagoa, Manoel Cavalcante, já citados, e ainda o próprio Miguel Reale em seu relatório focalizando os mais salientes aspectos inovadores<sup>2</sup>. Wilson Batalha também o afirma: “Entretanto, como vimos o decreto-lei nº 271/1967, artigo 7º, institui a concessão de uso do solo, como direito real, **restabelecendo um autêntico direito de superfície**”<sup>3</sup>.

Tais afirmações vêm abonar e reforçar nossa tese. Lembrando, mais uma vez, a lição de Cunha Gonçalves<sup>4</sup>, reafirmamos que, embora não se encontre o nome, e sim o rótulo de “concessão real de uso”, o decreto-lei 271/67 recria, entre nós, um verdadeiro direito de superfície. Posteriormente, outros doutrinadores, além dos já mencionados, endossaram a mesma tese, tais como: Nelson Cerqueira e José Afonso da Silva<sup>5</sup>, Paulo Roberto Benasse<sup>6</sup>, Diana Coelho Barbosa<sup>7</sup> e Rogério Derbly<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> BRASIL. Comentários ao anteprojeto do Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, Suplemento n. 149, 7 ago. 1972.

<sup>3</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à lei de registros públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2. p. 709. (Destaque nosso).

<sup>4</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentários ao código civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1936. v. 11. p. 295. “A obrigação do intérprete é verificar se na lei existe o facto, ou a cousa, embora nela não se encontre o nome”.

<sup>5</sup> SILVA, Jose Afonso da. *O direito urbanístico*; e CERQUEIRA, Nelson de Figueiredo. *O direito de superfície*. Editora Revista dos Tribunais, v. 473. *Apud* TORRES, Marcos Alcino Azevedo. *Direito de superfície*. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/malcino.html>>. Acesso em 10 fev. 2003.

<sup>6</sup> BENASSE, Paulo Roberto. *O direito de superfície e o novo código civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 16 e 156.

<sup>7</sup> BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de superfície: à luz do estatuto da cidade*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 66-67 e 130-131.

<sup>8</sup> DERBLY, Rogério José Pereira. *Direito de superfície*. Disponível em: <<http://www.femperj.org.br/artigos/intdif/ail3.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2003.

## Natureza jurídica do direito de superfície

A determinação da natureza jurídica do direito de superfície ou sua classificação é problemática, porque se trata de relação complexa e de um direito ainda *in fieri*. Não tendo, ainda, seus contornos definitivamente delineados na dogmática universal, recebe denominação diversa e seu lugar na ordem jurídica varia, sendo por vezes acomodado onde possível, em decorrência da preocupação de não se provocar a ruptura da harmonia do sistema. Em alguns países o legislador preferiu não se comprometer, fazendo uma classificação<sup>9</sup>.

Consagrado como direito real, tem conteúdo e efeitos diversos dos outros direitos reais, com eles não se confundindo; mas nasce historicamente, quase sempre, como um vínculo obrigacional contendo cláusulas resolutórias. Entre nós foi classificado entre os direitos reais sobre coisa alheia.

## O Direito de Superfície e o Estatuto da Cidade, lei n.º 10.257/2001

A reintrodução do Direito de Superfície ocorreu oficialmente em nosso ordenamento jurídico através do chamado Estatuto da Cidade, lei Federal n.º 10.257, de 10/07/2001, cuja finalidade foi regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, que tratam da política do desenvolvimento urbano. O direito de superfície tem natureza jurídica de um direito real e vem somar-se ao rol desses direitos elencados no artigo 1.225 do Novo Código Civil, em consonância com os princípios da legalidade e da taxatividade que informam os direitos reais.

O Estatuto em questão institui o direito de superfície, acrescentado-o ao rol dos **direitos reais** atualmente existentes no ordenamento jurídico pátrio, a par daqueles elencados no art. 674 do CC vigente (1916), isto por força do princípio da **tipicidade** ao qual estão adstritos todos os 'jus in re'<sup>10</sup>.

Disposto no Capítulo II - Dos Instrumentos da Política Urbana – na Seção VII, o direito de superfície encontra-se regulamentado nos artigos 21, 22, 23 e 24 do referido Estatuto abrangendo apenas os terrenos urbanos. Pode ser criado por tempo determinado ou indeterminado, mas necessariamente o contrato deve ser lavrado por escritura pública devidamente registrada no cartório de registro de imóveis (art. 21 do Estatuto).

<sup>9</sup> RUEDIN, Roland. *Le droit réel de superficie*. Neuchatel: Éditions Ides et Calendes, n. 6, 1969. p. 47, cita a França como exemplo.

<sup>10</sup> BARBOSA, Diana Coelho, op. cit., p. 138.

Sob uma ótica mais ampla, o Estatuto da Cidade confere ao superficiário o direito de utilizar o solo, o subsolo e o espaço aéreo (§1º do art. 21). A concessão pode ser gratuita ou onerosa (§2º do art. 21) e ao superficiário cabe responder pelos encargos (§3º do art. 21). Os meios de transmissão podem ser tanto por alienação como por sucessão (§§4º e 5º do art. 21).

Têm o superficiário e o proprietário o direito de preferência tanto no caso de alienação do terreno como do direito de superfície, respectivamente (art. 22). Extingue-se o direito de superfície pelo advento do termo, pelo descumprimento das obrigações contratuais (art. 23) e se o superficiário der destinação diversa daquela para a qual for concedida (§1º do art. 24). Com a extinção do direito de superfície o proprietário recupera o domínio pleno do terreno, das acessões e benfeitorias. O superficiário somente tem direito às indenizações quando previamente ajustadas (art. 24).

## O Direito de Superfície no Código Civil vigente

No Novo Código Civil, em vigência desde janeiro de 2003, o direito de superfície foi contemplado tal como no Projeto de 1975<sup>11</sup>, no Título IV do Livro III, que trata do direito das coisas. Localizaram-no entre a propriedade (Título III) e as servidões (Título V).

O Título IV tem a denominação: *Da superfície* - à maneira romana. É conceituado como um direito real, mediante o qual *o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou plantar em seu terreno, por tempo determinado* (art. 1.369). Tem por objeto o aproveitamento de terreno alheio com o fim de edificar ou plantar. Como direito real sobre coisa imóvel, **só pode ser constituído mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóvel**. (art. 1.369, *fine*).

Quanto às modalidades de constituição, tanto pode ser gratuita como onerosa, e nesta última, o *pagamento poderá ser feito de uma só vez, ou parceladamente* (art. 1.370). A **transmissão** pode ocorrer por ato *inter vivos* ou *mortis causa*. É o que se depreende do artigo 1.372, quando diz que *a superfície pode transferir-se a terceiro, e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros*. Extingue-se “a superfície” pelo “advento do termo” ou no caso do superficiário dar ao terreno “destinação diversa daquela para que foi concedida” (art. 1.374). Algumas críticas podem ser apontadas com relação a este instituto jurídico na atual codificação civil.

O Direito de Superfície no Código vigente é muito tímido, tal como o Projeto continua a adotar o princípio da acessão. Para que haja um verdadeiro direito de

<sup>11</sup> BRASIL. Projeto de lei n. 634, de 13 de junho de 1975. Mensagem n. 160/75. *Diário Oficial do Congresso Nacional*, Brasília, 13 jun. 1975, Seção I, Suplemento B, n. 61.

superfície é preciso uma quebra do princípio da acessão e isso só o direito de superfície, constituído como um direito autônomo, pode realizar. Preconizamos na tese inicial a necessidade de se dar uma melhor redação ao direito de superfície no Projeto do Código para evitar uma reformulação posterior, como ocorreu na Alemanha, na Suíça e na Espanha.

O novo Código Civil ainda retrata o conceito de propriedade romano; uma propriedade quase absoluta; conceito esse que não se coaduna com nossos tempos. Há que se admitir a divisão da propriedade do solo. Assim como chegamos a fazê-lo em relação às riquezas minerais, podemos admiti-la tanto para construções no subsolo, para plantações, bem como para construções e para o aproveitamento do espaço aéreo.

Cotejando o Novo Código Civil com o Estatuto da Cidade, podemos deduzir que:

1º. Enquanto o Estatuto se aplica só às cidades (art. 21) o Código Civil tem aplicação tanto na cidade quanto nas áreas rurais (art. 1.369);

2º. O Estatuto prevê que o direito de superfície pode ser criado por tempo determinado ou indeterminado (art. 21, *caput*), enquanto o Código Civil só admite o prazo determinado (art. art. 1.369), mas nenhuma das legislações limita o prazo máximo;

3º. Com relação ao objeto, o Estatuto da Cidade prevê que o direito de superfície consiste em *utilizar o solo, o subsolo e o espaço aéreo* (§ 1º do art. 21) o Código Civil emprega a expressão *construir ou plantar* (art. 1369) e, praticamente, exclui o subsolo (§ único, art. 1369), salvo de for inerente ao objeto da concessão.

Venosa entende que o Estatuto da Cidade institui um micro sistema e deve vigorar sobre as demais leis, mesmo que posteriores, como é o Novo Código Civil, admitindo, no entanto, tratar-se de matéria altamente polêmica<sup>12</sup>.

## Considerações finais

Como afirmamos inicialmente, o direito de superfície é um instrumento jurídico necessário e eficaz, em nossos dias, para tornar a propriedade de um terreno totalmente fecunda, pois seu fim primordial é a plena utilização do solo. Adotando a definição geral, ou abstrata de *Ruedin*, podemos dizer que o direito de superfície é um direito real que permite a propriedade particular de superfícies (construções ou plantações), independente da propriedade do solo<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5. p. 393.

<sup>13</sup> Idem, *Ibidem*. p. 32.

A função do direito de superfície foi sempre, e continua sendo, a de possibilitar que um mesmo fundo (solo) seja usado de formas diversas, por proprietários distintos. O direito de superfície tem, pois, íntima relação com o conceito de propriedade e o princípio da acessão. Podemos definir a propriedade, de um modo geral, como o mais amplo direito, ou conjunto de faculdades (poder) que um sujeito pode deter sobre uma coisa.

Quando muito forte o direito de propriedade, no sentido de bastante difundido, menos necessidade se tem desse instituto. Sempre que esse direito se tornou de difícil acesso, porque concentrado nas mãos de uns poucos, a superfície foi revivida. No que diz respeito às acessões, objeto do direito de superfície, são sempre as artificiais: construções ou plantações. Se regidas pelo princípio romano *superficies solo cedit*, há que se criar uma norma específica que permita a quebra desse princípio, a exemplo do direito alemão.

Sendo o princípio sobre as acessões flexível, permitindo sua propriedade separada da propriedade do solo, o direito de superfície pode existir independente de qualquer norma criadora. Isso ocorreu na França e também na Itália, antes do atual Código Civil. Com base nesse argumento, *Arditi* sustenta a tese da existência do direito real de superfície no Chile, ainda que não contemplado em lei<sup>14</sup>. Todavia, para que isso possa ser realizado é necessário, ainda, que o sistema jurídico permita a criação de novos direitos reais, isto é, que adote o princípio de *numerus appertus* para os direitos reais.

Se o sistema é de *numerus clausus*, ou se o princípio da acessão admitido é o romano, determinando que necessariamente toda acessão adere ao solo e a seu dono pertence, para a criação de um direito de superfície é imprescindível a existência de uma lei específica, permitindo a derrogação desse princípio e admitindo a outorga de um direito de superfície.

Podemos afirmar, pois, que qualquer sistema jurídico pode comportar o direito de superfície. Quanto à classificação de sua natureza jurídica, conformar-se-á com aquela que se harmonize com o sistema. Se quebrada, a rigidez dos princípios romanos relativos ao domínio, e servindo da plasticidade enriquecedora dos contratos, o direito de superfície é um instituto da maior utilidade. Sendo bastante versátil, adapta-se bem em qualquer sistema e até mesmo se apresenta sob diversas formas e variadas denominações, seu conteúdo conserva algumas características que passamos a delinear.

Quanto à relação jurídica, ele pode ser um direito autônomo ou um direito real sobre a coisa alheia, gerando em ambos os casos a propriedade superficiária, isto é, a propriedade separada, independente da propriedade do solo. Essa é a

---

<sup>14</sup> ARDITI, Alejandro Borzutzky. *El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andres Bello, 1972. p. 195 et seq.

tendência das legislações mais modernas. No entanto, não é a propriedade das “superfícies” característica própria, nem essencial do direito de superfície. Em algumas legislações, como a italiana, por exemplo, pode-se obter a propriedade separada de construções ou obras, sem que seja por meio do direito de superfície. Outras, como a suíça, não chegam a admitir a propriedade superficiária, ou ser ponto controvertido pela doutrina como na Bélgica e Holanda. Mas, o direito de superfície existe e atinge seu fim: a utilização das acessões pelo superficiário, como se proprietário fosse.

Em geral, a propriedade superficiária é resolúvel, porque sua duração é limitada, ou o contrato contém cláusulas resolutivas, para assegurar o preenchimento das finalidades. Essa duração é, no entanto, longa, normalmente mais de trinta (30) anos. Em Portugal e no Brasil, ainda podem ser estabelecidas por tempo indeterminado<sup>15</sup>. Com relação às plantações, tema pouco abordado entre os estudiosos desse direito, talvez porque a maior parte das legislações modernas deixou de considerá-las como objeto do direito de superfície, parece-nos que só aquelas de longa duração deveriam ser objeto do direito de superfície, visto que as periódicas não ofereceriam garantia permanente e podem ser realizadas sem a compra do terreno, feitas por contrato de arrendamento ou de parceria.

Ainda quanto ao objeto, ele tanto pode ser uma construção já realizada ou a realizar-se. Quando se constitui um direito de superfície sobre um prédio já edificado, o ato de constituição deverá ser o de venda de tal propriedade (superfície). Esta hipótese, prevista no direito italiano (art. 952 C. C. It.), não o é em nosso decreto-lei nº. 271, nem no Novo Código Civil. Chamam os doutrinadores a esta forma de constituição, de direito de superfície por cisão.

Se o direito é constituído pela forma de concessão *ad aedificandum*, então o superficiário torna-se proprietário das obras, que serão, por ele, incorporadas ao solo. Enquanto elas não se realizam, esse direito recebe, mesmo assim, o tratamento dado a um direito imobiliário. Os elementos reais são, essencialmente, solo e edificações ou plantações. Sobre o solo recai o ônus de suportar os edifícios ou plantações. É evidente que tanto o aproveitamento do subsolo, quanto do espaço aéreo, podem ser objeto de outorga.

Hoje, mais do que no passado, percebe-se melhor a utilização do subsolo, tanto para construções comuns, quanto para garagens ou abrigos antiaéreos. Quanto ao espaço aéreo, abonamos a tese de Coviello, no sentido de que o proprietário do solo pode alienar a faculdade de utilizá-lo a um terceiro; deixando livre, ou não, a

---

<sup>15</sup> O Código Civil da Argentina, no artigo 2.614 estipula que o termo máximo na criação de um direito de superfície (entre outros) seja cinco anos. Em decorrência disso, o instituto, que já não fora enunciado dentre os direitos reais, no art. 2.503, deixa de ter qualquer relevância prática. ARGENTINA. *Código civil*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Arayu, 1953.

área imediatamente superior ao solo. De Los Mozos faz uma referência ao *derecho real de vuelo*<sup>16</sup> e Ruedin alude a essa possibilidade, mencionando também o direito alemão e chegando a dar como exemplo a possibilidade de se criar um direito de superfície para instalar um balão restaurante preso (*amarre*) a um fundo<sup>17</sup>.

Com os recursos modernos, podem-se construir teleféricos, construções sob pilotis ou mesmo encravadas num outro solo ou edifício, como balcões, pontes e terraços.

Quanto aos elementos pessoais, ou sujeitos da relação jurídica, são: o concedente e o superficiário. O concedente deve ser proprietário e deter em seu poder a faculdade de disposição. Assim, não terá esse poder aquele que já constituiu um outro direito real de gozo, ou mesmo, um direito obrigacional como, por exemplo, um arrendamento.

Ao incorporar o direito de superfície a seu patrimônio, o superficiário pode:

- a) transmiti-lo a seus herdeiros;
- b) exercer a livre disposição do mesmo, podendo alienar, hipotecar etc, e gravá-lo com servidões enquanto durar seu direito.

Como encargos, de um modo geral têm:

- a) o pagamento do *solarium*, quando estipulado;
- b) a responsabilidade pelos encargos do fundo;
- c) a restituição em bom estado, no prazo pactuado.

O direito objeto deste estudo pode ser estabelecido por disposição de última vontade ou por convenção, a título oneroso ou gratuito; o direito de superfície, como direito real que é, deve ser formalizado por instrumento público. Assim terá acesso ao Registro Geral de Imóveis, tanto como ônus que grava um imóvel, como se for considerado um direito de propriedade autônomo.

Resumindo, as características do direito de superfície são:

a) Ser um direito real limitado de gozo, que, embora *sui generis*, é igual aos outros no motivo ou causa que o constitui. Não pode ser constituído de outra forma, senão pela livre determinação de vontade do proprietário do terreno. Este pode ser pessoa física ou jurídica, privada ou pública. É evidente que, no caso de pessoa pública, o próprio Direito Administrativo determinará exigências outras, que o bem particular não exige;

b) Anular o princípio da acessão onde exista, para assim tornar possível a propriedade das acessões, separada da propriedade do solo;

<sup>16</sup> DE LOS MOZOS, José Luiz. *Derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbana*. Madrid: Ministério de la Vivienda, 1974. p. 281-282.

<sup>17</sup> RUEDIN, Roland, op. cit., p. 121-122.



c) Gerar a propriedade comumente chamada de “propriedade superficiária”, cuja única limitação, quando existe, é ser resolúvel, porque, em geral, limitada no tempo;

d) Comportar o vínculo obrigacional que, em geral, contém cláusulas resolutivas, mas, de aspecto plástico, maleável, permitindo sua aplicação para diversos fins.

Observamos que o direito de superfície é regulamentado, hoje, em vários direitos positivos; contemplamos esses direitos para melhor perceber seus contornos, deduzimos que direito semelhante já existia em nossa legislação, apesar de ter recebido rótulo diferente antes de sua admissão oficial no Estatuto da Cidade bem como no Novo Código Civil. Todavia, o que nos parece mais importante é perceber a necessidade social de que esse direito mereça melhor regulamentação, para realmente se tornar um instrumento apto a corrigir o conceito absolutista, arcaico de propriedade ainda existente entre nós.

Devemos, finalmente, atentar para a séria advertência feita pelo saudoso Papa João Paulo II em Puebla: **sobre toda propriedade pesa uma hipoteca social**<sup>18</sup>.

\*

---

<sup>18</sup> PAULO II, João. Discurso inaugural da conferência de Puebla, III, n. 4, *Acta apostolicae sedis*, LXXXI apud EPISCOPADO Latino-americano. *Conclusões da conferência de Puebla*. São Paulo: Paulinas, 1979. p. 200.

## Bibliografia

- ARDITI, Alejandro Borzutzky. *El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1972.
- ARGENTINA. *Código Civil*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Arayu, 1953.
- BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de superfície: à luz do estatuto da cidade*. Curitiba: Juruá, 2003.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à lei de registros públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1971.
- BENASSE, Paulo Roberto. *O direito de superfície e o novo código civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002.
- BRASIL. Comentários ao anteprojeto do Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, Suplemento n. 149, 7 ago. 1972.
- BRASIL. Projeto de lei n. 634, de 13 de junho de 1975. Mensagem n. 160/75. *Diário Oficial do Congresso Nacional*, Brasília, 13 jun. 1975, Seção I, Suplemento B ao n. 61.
- DERBLY, Rogério José Pereira. *Direito de superfície*. Disponível em: <<http://www.femperj.org.br/artigos/intdif/ail3.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2003.
- DE LOS MOZOS, José Luiz. *Derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbana*. Madrid: Ministério de la Vivenda, 1974.
- EPISCOPADO Latino Americano. *Conclusões de conferência de Puebla*. São Paulo: Paulinas, 1979.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentários ao código civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1936. v. 11.
- RUEDIN, Roland. *Le droit réel de superficie*. Neuchatel: Éditions Ides et Calendes, 1969.
- TORRES, Marcos Alcino Azevedo. *Direito de superfície*. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/malcino.html>>. Acesso em: 10 fev. 2003.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5.

# A adoção na encruzilhada dos Direitos Fundamentais

**HELDER JOÃO MARTINS NOGUEIRA ROQUE**

*Mestre em Ciências Jurídico-Criminais – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.*

*Doutorando em Direito, Justiça e Cidadania no século XXI – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.*

*Membro Associado do Centro de Direito da Família – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.*

*Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito de Menores e de Família – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.*

*Juiz do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.*

**Resumo:** A adoção surge na encruzilhada dos pressupostos histórico-culturais da família biológica com as necessidades de proteção da infância, tendo em conta, nomeadamente, as crianças abandonadas ou em risco, como forma substitutiva da família natural por uma família afetiva, conferindo ao menor órfão, abandonado ou privado de um ambiente normal o direito a um projeto sustentável de vida familiar. Salvaguardando-se os direitos fundamentais envolvidos, esgotada a possibilidade de integração da criança e do jovem menor, na família biológica, e, muitas vezes, mesmo depois de uma tentativa não sucedida de inserção na sua família alargada, a prevalência do interesse superior da criança e do jovem menor deve superar as naturais hesitações oriundas do princípio da responsabilidade parental, optando-se pela via mais segura da adoção, também aqui com a observância do princípio da prevalência da família, sob pena de se deixar sair pela porta da maioridade legal, com todo o cortejo de imprevisíveis consequências, aqueles a quem, na infância, não soubemos, verdadeiramente, acolher, proteger e preparar para o futuro.

**Palavras-chave:** Adoção; Criança e Jovem Menor; Família Biológica; Família Afetiva; Princípio Prevalência da Família; Direitos Fundamentais.

**Abstract:** The adoption emerges at a historical and cultural crossroad of the biological family with the infancy protection needing, keeping in mind children who are abandoned or even in risk, as a substitutive form of the natural family for an affective family, giving to the orphan underage, abandoned or deprived of a normal atmosphere all the fundamental rights involved, drained the possibility of the child and young underage integration in the biological family, and many times after a failuring introduction try in a enlarged family, child and young underage interests must prevail and get over the natural hesitation from parental responsibility principle, optioning to the safest adoption form, observing the family prevailing principle under penalty of leaving by the legal emancipation door, with unforeseeable consequences courting, who in the childhood wasn't really protected, welcomed and prepared for the future.

**Key-words:** Adoption; Child and Young Underage; Biological Family; Affective Family; Family Prevailing principle; Fundamental Rights.

## Introdução

O desenvolvimento social, cultural e económico, ou, em termos mais prosaicos, o desenvolvimento humano, meta, invariavelmente, indeclinável, em qualquer latitude e por todos os Estados ou organizações políticas que o promovem, na execução de uma política, gradualmente globalizante, não pode abdicar de uma visão estratégica, articulada e coordenada, que tenha como particular enfoque a família e o seu significado e importância, com vista ao crescimento saudável e equilibrado

da criança e do jovem menor, em consonância com a letra e o espírito dos grandes instrumentos normativos internacionais sobre a matéria<sup>1</sup>, de que são expressão concreta, entre nós, os direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição da República Portuguesa (CRP) e dos demais diplomas ordinários que se propõem conferir-lhes consagração prática.

Constitui, por isso, instrumento importante para a concretização dessa política global de proteção da criança e do jovem menor desprovidos de um meio familiar natural o instituto da adoção, devidamente estruturado e em sintonia com a realidade cultural e sociológica da comunidade política em que se enquadra e com os objetivos que lhe cumpre prosseguir.

A criança e o jovem menor são sujeitos autónomos de direitos e o seu desenvolvimento harmonioso e integral só é compatível com um ambiente de afeto e responsabilidade que, sem graves discontinuidades, seja propiciador de um crescimento físico, intelectual e moral que lhes permita atingir a maturidade que os torne independentes.

Ora, a família, independentemente do seu substrato biológico, célula natural da sociedade, constitui ainda um elemento essencial e um meio privilegiado para a concretização desse direito fundamental da criança e do jovem menor ao desenvolvimento, integral e harmonioso, a que aspiram e que lhes é devido.

A família biológica é ainda a célula social estruturante do crescimento e do desenvolvimento do menor, pela sua capacidade de dar carinho e afeto à criança e ao jovem, preparando-os, gradualmente, para a difícil tarefa da autonomia responsável que prosseguem e a que têm direito, e que atingirão com a maioridade.

Com efeito, a família modera a flagrante desproporção existente entre a criança, vulnerável e desprovida, e o mundo inexorável e complexo, colocando-a em condições de estabelecer permutas, sem ser aniquilada<sup>2</sup>.

Efetivamente, a família vem assumindo, desde a antiguidade, o mais relevante papel no processo de desenvolvimento e socialização da criança, proporcionando-lhe as capacidades intelectuais, sociais, psicológicas e afetivas indispensáveis à maturação do ser humano<sup>3</sup>.

Hoje, porém, a família perdeu parte do seu reduto de inacessibilidade, deixou de ser o castelo-fortaleza de dominação exclusiva dos pais, abrindo-se à sociedade e ao Estado, a ponto de, em defesa do caráter primacial dos interesses dos menores, se

---

<sup>1</sup> Nomeadamente, a Convenção sobre os direitos da criança, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, de 20 de Novembro de 1989.

<sup>2</sup> CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 869 et seq.

<sup>3</sup> PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão n. 309/2002. Processo n. 1832/02-2. Relator Gomes da Silva. Julgamento em 17 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 3 abr. 2008.

permitir que, a bem destes, e, se necessário, contra as prerrogativas ou os caprichos dos pais biológicos, seja traçado um diagnóstico que pode conduzir, em derradeira análise, a uma intervenção corretiva do seu percurso, com eventual recorrência ao mecanismo da adoção.

É o processo de socialização da família em desenvolvimento, na sequência da abolição do modelo do *pater familias* e da progressiva afirmação do conteúdo do poder paternal como um poder funcional, em que assume destaque, no centro das preocupações da sociedade mediatizada, o aparecimento da figura da mulher e, finalmente, da criança e do jovem menor.

A CRP dedica uma especial atenção à família, cuja tutela se encontra, quer no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais, como decorre da colocação do artigo 36º, quer em sede de direitos económicos, sociais e culturais, como resulta dos artigos 67º e seguintes, perspectivando-a não apenas como um direito fundamental, mas, também, como uma garantia institucional e um elemento estruturante da vida em sociedade<sup>4</sup>.

Por outro lado, os pais concretizam o seu amor pelos filhos quando procuram o melhor para estes, quantas vezes contrário aos seus próprios interesses egoístas, pelo que é com esta atitude de disponibilidade afetiva que devem encarar a decisão, ainda que de natureza excepcional, muitas vezes, dolorosa, e, quase sempre, necessária, da confiança dos filhos a outra família, distinta da família biológica.

Esta decisão não envolve, nem tal pode acontecer, em princípio, uma tomada de posição contra os pais biológicos, mas antes e, tão-só, uma medida de tutela, a favor dos menores, estes sim, carecidos de proteção, e não aqueles, pelo menos, a este nível e com este âmbito.

A adoção surge, assim, na encruzilhada dos pressupostos histórico-culturais da família biológica com as necessidades de proteção da infância, tendo em conta, nomeadamente, as crianças abandonadas ou em risco, como forma substitutiva da família natural por uma família afetiva, conferindo ao menor órfão, abandonado ou privado de um ambiente normal o direito a um projeto sustentável de vida familiar, reconhecido pelo artigo 69º, nº 2, da CRP.

Sendo ainda dominante, embora já não indiscutível, o primado da família biológica nuclear para a concretização, no seu seio, desse direito, num espaço de grande liberdade de opções educacionais e de vida, com garantia da reserva da intimidade privada, impõe-se que o Estado e a sociedade civil, sem intervencionismo ou regulação desproporcionados, sejam os criadores de condições que, em clima de igualdade e sem desfavorecimentos individuais ou de grupo, viabilizem esse objetivo.

---

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editorar, 2005. p. 393. No mesmo sentido, embora sem lhe reconhecer a natureza de um direito fundamental a se: SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. *Constituição da república portuguesa comentada*. Lisboa: Lex, 2000. p. 128.

Contudo, quando circunstâncias de vária ordem não permitem, durante a menoridade, um quadro de estabilidade e equilíbrio emocionais, com caráter de continuidade e regularidade, ou provocam a sua ruptura, cria-se uma situação de risco grave para a criança ou o jovem menor, que os seus outros familiares, em primeira linha, dada a estrutura, essencialmente, biológica do nosso Direito da Família, deverão procurar evitar, proporcionando uma relação sucedânea, o mais próxima possível daquela que, em princípio, é considerada a situação ideal, mas assumindo a sociedade, com urgência, as medidas adequadas para proporcionar à criança ou ao jovem menor em risco essa relação substitutiva, na hipótese de inexistirem familiares próximos que possam assumir a função<sup>5</sup>.

É que o Estado, vinculado, positivamente, pelos direitos fundamentais, incluindo os direitos, liberdades e garantias, tem o dever de proteger o interesse dos filhos, o desenvolvimento da sua personalidade e bem assim como outros direitos fundamentais dos menores.

Trata-se da concepção que entende as crianças como sujeitos de direitos fundamentais<sup>6</sup>, com expressão concreta na Reforma do Direito de Menores, que elegeu o modelo de justiça, que privilegia a defesa da sociedade, com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos menores, em detrimento do modelo de proteção, alicerçado na intervenção do Estado na defesa do interesse do menor, mas sem que, formalmente, lhe reconheça o estatuto de sujeito processual<sup>7</sup>.

Aliás, o artigo 69º, da CRP, no seu nº1, estatui que “as crianças têm direito a proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições”, acrescentando o respetivo nº 2 que “o Estado assegura especial proteção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal”.

Efetivamente, a proteção especial que o artigo 69º concede aos órfãos e abandonados não é mais do que o corolário da função subsidiária que os artigos 36º, nº 5 e 67º, nº 2, c), atribuem ao Estado e, também, difusamente, à sociedade, através do artigo 68º, nº 1, todos da CRP, na educação das crianças em geral<sup>8</sup>.

Ora, a adoção é, inquestionavelmente, uma das vias e, por certo, a mais segura, para, no quadro da constituição de uma família afetiva, permitir alcançar essa finalidade.

---

<sup>5</sup> Preâmbulo do Decreto Lei n. 185/93, de 22 de maio.

<sup>6</sup> MARTINS, Rosa. Poder Paternal *vs* autonomia da criança e do adolescente. *Lex familiae: Rev. Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n. 1, 2004. p. 65 et seq.

<sup>7</sup> Preâmbulo da lei de proteção de crianças e jovens em perigo – Lei n. 147/99, de 1 de Setembro.

<sup>8</sup> VARELA, Antunes. *Direito da família*. 3. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1993. p. 167.

## Evolução histórica do regime jurídico da adoção em Portugal

A adoção, instituto cujo renascimento conhece hoje generalizada expansão, representa, no Direito Português, depois de um longo período de esquecimento e desfavor, caída em desuso, desde o século XVI, centrada na pessoa do adotante e dos seus propósitos de, através dela, perpetuar a família e transmitir o nome e o património da casais inférteis, encontra-se, atualmente, pelo menos, na filosofia do legislador e na letra da lei, mas, por vezes, ainda distante da vida real, sobretudo ao serviço dos interesses das crianças e dos jovens carecidos de um ambiente familiar normal.

Efetivamente, a adoção não corresponde a um ato gerado por uma relação familiar biológica, representando antes um ato jurídico, um negócio jurídico unitário, ou melhor, um ato complexo, composto por um ato de direito privado, expresso na vontade dos interessados, e por um ato de direito público, traduzido numa decisão judicial, de natureza constitutiva, sujeita aos princípios da oportunidade, da equidade e da legalidade, que dominam o processo de jurisdição voluntária em que se desenvolve, fonte de relações jurídicas familiares, e que cria um vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece, legalmente, entre duas pessoas, nos termos das disposições combinadas dos artigos 1.586º e 1.973º, n. 1, ambos do Código Civil (CC).

Trata-se de um parentesco legal, não biológico, e, por assim dizer, para alguns, embora, impropriamente, mesmo fictício, mas que tem subjacente uma realidade individual, assente numa outra verdade, uma verdade afetiva e sociológica<sup>9</sup>, diferente do fato biológico da procriação, mas tão real como este, cujo eixo gravitacional se deslocou da vontade do adotante para o interesse do adotado, e que o Estado incentiva, à luz das exigências sociais da comunidade, de natureza irrevogável, depois de constituído, e que se insere no amplo movimento geral de promoção dos direitos e de proteção das crianças e dos jovens menores em perigo.

O regime legal da adoção visa, assim, proteger o interesse do adotando, mas sempre na perspectiva do interesse geral, já porque o interesse social torna inadmissível, em princípio, a adoção de maiores de 15 anos, já porque o interesse público impõe a intervenção constitutiva do Tribunal, mas, ainda, porque, em nome da estabilidade do vínculo, não permite a revogação da adoção, nem sequer com base em mútuo consentimento do adotante e do adotado, sendo certo, outrossim, que a revisão da sentença que decretou a adoção, plena ou restrita, ou a revogação da adoção restrita só são admissíveis, em casos excepcionais, como resulta das disposições combinadas dos artigos 1.989º, 1.990º, 1.991º, 2.002-B, 2.002-C e 2.002-D, todos do CC.

---

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Crítério jurídico da paternidade*. 1983. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito de Coimbra, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1983. p. 335 et seq.. Esta tese pode ser encontrada em forma de publicação, com a seguinte referência: OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Crítério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

A adoção, criadora de uma relação jurídica familiar, em tudo semelhante à filiação natural, e expressão acabada de integração social pela afetividade, de acordo com o princípio orientador da prevalência da família, consagrado pelo artigo 4º, g), da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP) – Lei n. 147/99, de 1 de Setembro –, constitui, assim, uma das vias privilegiadas de intervenção para a promoção dos direitos e proteção das crianças e dos jovens menores em perigo.

Porém, não obstante a elevada quantidade de crianças institucionalizadas e sem projeto de vida delineado, é muito maior o número de potenciais adotantes, ou seja, a procura é, em larga medida, superior à oferta disponível, o que, a não se estar perante um distorcido fenómeno macroeconómico, que determinaria a subida do preço do “produto”, não permite justificar um número de adoções tão, significativamente, baixo, a não ser devido a fatores que condicionam, negativamente, o bom funcionamento do *iter* do processo de adoção, deste o seu início até à prolação da sentença final, sejam eles de carácter legislativo, institucional, procedimental ou social.

Com o Código Civil de 1966, a adoção assume como principal objetivo “dar uma família a um filho sem família e não um filho a uma família sem filhos”, sendo certo que, desde, então, até aos dias de hoje, muitas foram as alterações registadas, neste domínio, até se chegar ao Decreto Lei n. 31/2003, de 22 de Agosto, que consubstanciou o seu último aperfeiçoamento.

A adoção passa, assim, a ser fonte de relações jurídicas familiares, em conjunto com o casamento, o parentesco e a afinidade, mas, também, no presente, com a união de fato e as situações de economia comum, centrada na defesa e promoção do interesse da criança, que necessita, desde o nascimento e, especialmente, na primeira infância, de uma relação, minimamente, equilibrada com ambos os pais, enquadrando-se no conjunto de instrumentos, tradicionalmente, previstos para a proteção de crianças desprovidas de um meio familiar normal, permitindo a constituição ou reconstituição de vínculos semelhantes aos que resultam da filiação biológica.

As alterações introduzidas neste instituto, na sequência da entrada em vigor da Constituição da República de 1976, podem ser explicadas pelas modificações ideológicas, culturais e sociais sobrevindas ao 25 de Abril de 1974, enfatizando-se que “a adopção não é pensada apenas enquanto meio eficaz de resolver as necessidades educativas e assistenciais da infância mais carenciada, mas sim, e cada vez mais, como forma de lhe oferecer um quadro familiar no caso de as famílias biológicas serem consideradas desadequadas”<sup>10</sup>, tornando-se, por isso, necessário encontrar uma família para uma criança desprovida, e não uma criança para uma família.

---

<sup>10</sup> Preâmbulo ao Decreto Lei n. 496/77, de 25 de Novembro, que aprovou a primeira tranche de alterações ao instituto da adoção.



Em 1993, o regime legal da adoção foi sujeito a uma segunda cirurgia, através do Decreto Lei nº185/93, de 22 de Maio, consistindo a sua principal transformação na criação de uma fase intercalar no itinerário do instituto, através da introdução da figura jurídica do processo da confiança judicial do menor a um casal, pessoa singular ou instituição, com vista a futura adoção, cujo principal objetivo foi o de evitar o prolongamento de situações indefinidas, potenciadoras de riscos acrescidos para os menores, sem prejuízo da posição e dos direitos legítimos dos pais biológicos, e que constituiu, simultaneamente, uma antecâmara necessária da futura entrega da criança ao adotante, que permite, na grande generalidade das situações, sem excluir o necessário período de adaptação e conhecimento recíprocos, antecipar o cenário final da previsível adoção.

Efetivamente, a articulação criteriosa da intervenção administrativa com a intervenção judiciária, valorizando o papel da primeira, parece ter sido um dos objetivos fundamentais desta segunda reforma do direito da adoção<sup>11</sup>.

Cinco anos mais tarde, através do Decreto Lei nº120/98, de 8 de Maio, foram introduzidas novas modificações, relativamente à adoção, consistindo as principais no fato de o candidato a adotante, após a confiança administrativa, poder ser designado como curador provisório do menor, eliminando-se a distância entre o titular da confiança administrativa e a pessoa que exercia o poder paternal, e bem assim como na possibilidade de o adotado poder ser colocado, à guarda provisória do candidato à adoção, quando requerida a confiança judicial.

O Decreto Lei n.120/98, de 8 de Maio, demarcou, conceitualmente, o instituto da adoção do processo tutelar de confiança judicial destinada à adoção, reafirmando-o como etapa indispensável para a sua consecução, embora admitindo, na fase instrumental do procedimento adotivo, *lato sensu*, o instituto da confiança administrativa, com idêntica finalidade.

Por outro lado, em relação à parte substantiva do instituto, passou a ser necessário o consentimento para a adoção do adotando maior de doze anos, atento o disposto pelo artigo 1.981º, n. 1, a), do CC, o que constitui uma alteração ditada pela inevitabilidade do reconhecimento a um menor de doze anos da maturidade suficiente para opinar sobre o estabelecimento do vínculo da adoção.

Estabelece-se ainda como novidade a possibilidade de o candidato a adotante que recebeu um menor, através do processo de confiança administrativa, com vista a futura adoção, ou do Ministério Público que tomou conhecimento da situação, requererem a designação daquele como curador provisório, até que seja decretada a adoção ou instituída a tutela, com base no estipulado pelo artigo 163º, ns. 1 e 2, da Organização Tutelar de Menores (OTM).

---

<sup>11</sup> COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito de família*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 54.

Por seu turno, dispensa-se a citação para contestar o pedido da confiança judicial dos pais que tenham prestado o respetivo consentimento prévio, em conformidade com o prescrito pelo artigo 164º, n. 1, da OTM, o que decorre, manifestamente, de princípios de razoabilidade, atento o significado preciso do ato formal do consentimento.

É, também, de aplaudir que a citação edital dos progenitores, ausentes em parte incerta, não suspenda o andamento do processo de confiança judicial, até à audiência final, conforme decorre do n. 4, do artigo 164º, da OTM.

Consagra-se ainda a faculdade de o Tribunal atribuir a guarda provisória do menor, na hipótese de confiança judicial, designadamente, nos termos do disposto pelo então vigente artigo 19º, da OTM, ao candidato à adoção, quando existirem sérias possibilidades da procedência da ação (artigo 166º, ns. 1 e 2, da OTM).

Instituiu-se, igualmente, a obrigatoriedade de o juiz ouvir o menor adotando, portador de um determinado grau de maturidade que o justifique, sem embargo da sua idade, nos termos do preceituado pelo artigo 170º, n. 2, da OTM.

Estabelece-se, finalmente, o princípio da não prejudicialidade dos procedimentos legais destinados à averiguação ou investigação da paternidade ou maternidade do menor, em relação ao processo de adoção ou das suas providências preliminares, decorridos que sejam seis meses após o nascimento, se continuar incógnita a maternidade ou a paternidade daquele, atento o disposto pelo artigo 173º - F, da OTM.

Efetivamente, as revisões de 1993 e de 1998 procuraram estabelecer "...as condições através das quais a adoção possa ser de fato uma alternativa positiva para as crianças em risco, contrariando uma lógica institucionalizante que remete a família para segundo plano"<sup>12</sup>.

O Decreto Lei nº31/2003, de 22 de Agosto, que introduziu a mais recente alteração em vigor, nesta matéria da adoção, no enunciado já existente sobre os requisitos gerais do instituto, constantes do artigo 1974º, n. 1, do CC, consagrou, enfaticamente, a fórmula do "superior interesse da criança", oriunda do artigo 21º, da Convenção sobre os Direitos da Criança, que, a propósito da confiança judicial com vista a futura adoção, voltou a realçar, referindo-se o artigo 1.978º, n. 2, também do CC, aos "direitos e interesses do menor".

Por outro lado, esta última reforma procedeu à eliminação da possibilidade de os pais biológicos darem sem efeito o consentimento prestado, independentemente do processo de adoção, através da revogação do estipulado no artigo 1.983º, ns. 1 e 2, do CC, consagrou que os processos de averiguação e

---

<sup>12</sup> SANTOS, Ana. *Como se fora seu filho: representação da família e do parentesco em processos de adoção em Portugal*. Lisboa: Livros Novalis, 2000. p. 55.

investigação da maternidade ou da paternidade não interrompem a continuidade, isto é, não suspendem o processo de adoção e respectivos procedimentos preliminares, nem o processo de promoção e proteção, não revestindo, em suma, caráter de prejudicialidade, face a estes, sendo certo, ao invés, que a decisão de confiança judicial e a aplicação de medida de promoção e proteção de confiança a pessoa seleccionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção suspendem o processo de averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade (artigo 173º - F, ns. 1 e 2, da OTM).

A nova reforma do instituto permitiu a confiança judicial com vista a futura adoção de uma criança, quando os pais biológicos, por ação ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença mental, puserem em perigo grave a sua segurança, saúde, formação, educação ou o desenvolvimento, bem assim como se manifestarem um desinteresse declarado pelo filho, quando este é acolhido por um particular ou por uma instituição, durante, pelo menos, os três meses que antecedem o pedido de confiança, em termos de comprometer, seriamente, os vínculos da filiação (artigo 1978º, n. 1, d) e e), do CC).

Por seu turno, estabeleceu-se a inibição do exercício do poder paternal, em relação aos pais biológicos, como efeito resultante da confiança judicial, como decorre do estipulado pelo artigo 1979º, ns. 3 a 5, do CC.

Todas estas alterações registadas têm como único objetivo a defesa dos interesses das crianças, enquanto critério fundamental idóneo para ser decretada a sua adoção.

## **A adoção como direito fundamental**

O artigo 36º, n. 7, da CRP, contempla, autonomamente, a previsão da adoção, impondo, como garantia institucional de que se trata, a preservação da sua existência e da sua estrutura fundamental, sem que o legislador ordinário a possa suprimir, desfigurar ou descaracterizar, essencialmente<sup>13</sup>, remetendo, porém, para a lei ordinária a sua regulação e proteção, com uma larga margem de liberdade, que contende com a possibilidade de limitação do instituto da adoção plena a menores<sup>14</sup>, de exclusão da adoção por uniões de fato de pessoas do mesmo sexo ou de restrição da adoção pré-natal de embriões.

O direito fundamental do adotando a formar família, expressão de um direito universal de constituir família, mesmo quando não fundada no casamento, decorre, razoavelmente, do estipulado pelo artigo 36º, n. 1, não sendo afastado pela autonomização constitucional da adoção e pela garantia

<sup>13</sup> COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme, op. cit., p. 175.

<sup>14</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 320/00. Relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beza. Julgamento em 21 jul. 2000. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 3 abr. 2008.

institucional que o mencionado artigo 36º, n. 7, ambos da CRP, contempla, especificamente, constituindo apenas uma das várias dimensões do estatuto jusfundamental da família adotiva<sup>15</sup>, muito embora não imponha um direito à adoção ou um direito a ser adotado<sup>16</sup>.

É, por isso, que, na hipótese de separação dos filhos dos pais, com base no estipulado pelo artigo 36º, n. 6, da CRP, deve o Estado, no interesse daqueles e do seu direito a constituir família, favorecer a sua integração numa nova família, através, nomeadamente, do instituto da adoção.

Aliás, é a própria família, enquanto instituição, e não as pessoas singulares que a compõem, que aparece como sujeito do direito à proteção da sociedade e do Estado, face ao teor do artigo 67º, da CRP, como manifestação de uma típica garantia institucional que não pode ser suprimida ou desqualificada<sup>17</sup>.

Porém, a tutela constitucional do direito fundamental de constituir família não obsta a que, por aplicação de outras normas constitucionais ou ordinárias nelas fundadas, sejam proferidas decisões que impeçam ou comprometam a vida familiar, ponderado que seja o interesse da família, enfatizando-se que “as medidas que possam conflitar com o direito à vida familiar têm de ser justificadas por necessidades sociais imperiosas e, além do mais, devem ser proporcionadas aos fins legítimos prosseguidos”<sup>18</sup>.

Efetivamente, o direito à manutenção dos filhos, reconhecido pelo artigo 68º, n. 2, pressupõe o direito de audição dos pais biológicos sobre todas as questões fundamentais que a essa matéria respeitem, como seja, designadamente, a impossibilidade de ser proferida a decisão de adoção, sem o consentimento ou, pelo menos, sem a ponderação da posição de ambos, ainda que se trate de pais que não convivem, maritalmente, e que não têm a guarda do filho, sem prejuízo, porém, de a adoção poder vir a ser decretada, contra a vontade destes, nos estritos limites do artigo 36º, n. 6, ambos da CRP.

De todo o modo, está consagrado um verdadeiro direito social das crianças à proteção, que tem como sujeitos passivos, com os correspondentes deveres de prestação ou de atividade, o Estado e a sociedade, isto é, os cidadãos e as instituições sociais, a começar pela própria família, incluindo os progenitores, o que pressupõe um direito negativo daquelas a não serem abandonadas, discriminadas ou oprimidas, podendo justificar, no caso de crianças em determinadas situações, como sejam as órfãs e as abandonadas, ou, por qualquer forma, privadas de um ambiente familiar

<sup>15</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, op. cit. p. 423 e 424.

<sup>16</sup> CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, op. cit.. p. 566.

<sup>17</sup> Idem, Ibidem. p. 561.

<sup>18</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 181/97. Relator Luís Nunes de Almeida. Julgamento em 5 mar. 1997. Veja também: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 470/99. Relator Alberto Tavares da Costa. Julgamento em 14 jul. 1999. Disponíveis em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 3 abr. 2008.

normal, especiais medidas de discriminação positiva, como resulta do preceituado pelos artigos 36º, n. 5 e 69º, ns. 1 e 2, da CRP.

Este dever de especial proteção que contempla as crianças órfãs, abandonadas, ou, por qualquer forma, privadas de um ambiente familiar normal, tem em vista a tutela da criança ou do jovem menor em perigo, ficando a liberdade de conformação do legislador dependente da diversificação das situações relativas do caso concreto, muito embora existam sempre determinantes constitucionais que, com base na dignidade da pessoa da criança e no desenvolvimento da sua personalidade, colocam os seus interesses como parâmetro material básico de qualquer política de proteção, sem prescindir da consideração relevante do seu consentimento, quando dotadas de maturidade suficiente, em relação à intervenção pública proposta que as atinja.

Efetivamente, as intervenções dos poderes públicos encontram-se, estritamente, vinculadas à prossecução dos interesses dos filhos, devendo, também, ser submetidas a um rigoroso controlo de proporcionalidade.

Uma das finalidades prioritárias visadas pelas recentes reformas verificadas no instituto da adoção traduziu-se no estrangulamento dos mecanismos procedimentais que protelam o consentimento dos pais biológicos, um dos principais óbices do sistema legal tendente à concretização da eficácia da adoção, alargando-se o âmbito de situações em que esse consentimento e o de outros interessados pode ser dispensado.

Na verdade, tendo sido decidida a confiança judicial ou a medida de promoção e proteção de confiança a pessoa ou a instituição com vista a futura adoção, torna-se dispensável o consentimento para a adoção das pessoas [pais, parentes ou tutor] que, em regra, o deveriam prestar, de acordo com o preceituado pelo artigo 1981º, n. 2, do CC.

Não obstante, continua a ser exíguo o número de adoções decretadas pelos tribunais portugueses, apesar da voracidade da procura de filhos adotivos e do contraponto das altas percentagens de crianças a viver o fascinante tempo da infância, dramaticamente, em lares e instituições de internamento.

Para além das alterações legislativas, exige-se uma flexibilização das praticas procedimentais rotineiras adotadas, numa renovada abertura de espírito de todos os intervenientes no processo da adoção, conjugada com a segurança dos direitos fundamentais de todos os intervenientes envolvidos, sob pena de se deixar sair pela porta da maioria legal, com todo o cortejo de imprevisíveis consequências, aqueles a quem, na infância, não soubemos, verdadeiramente, acolher, proteger e preparar para o futuro.

Contudo, convém recordar que as medidas de promoção de direitos e de proteção da criança e do jovem em perigo têm, naturalmente, uma duração pouco alargada

no tempo, visando, tão-só, a remoção do perigo real ou iminente que a criança ou o jovem menor estão a vivenciar, assumindo uma manifesta natureza cautelar, que a respectiva situação exige, e não a sua estabilização e permanência, porquanto, para tal, existem medidas a decretar, no âmbito dos processos tutelares cíveis, competindo, então, ao Ministério Público ativar as providências tutelares mais adequadas que o caso concreto exija.

Assim, é de afastar a utilização indiscriminada dos processos de promoção e proteção, dotados de uma tramitação menos morosa do que a dos processos de confiança judicial, sempre que os menores não estão em perigo, só sendo de legitimar o recurso a esta nova medida, consagrada pelo artigo 35º, g), da LPCJP, quando a criança se acha numa situação de risco e não se encontre pendente qualquer processo de confiança judicial, porquanto, caso contrário, pretendendo legalizar-se uma situação que se prolonga no tempo, deverá ser utilizado o processo tutelar cível, nomeadamente, o processo de confiança judicial do menor com vista à adoção.

Quer isto dizer que as medidas de promoção e proteção têm natureza subsidiária e residual, e não, meramente alternativa, em relação ao processo tutelar cível de confiança judicial do menor.

A confiança com vista à adoção representa, assim, não só a melhor, como a única forma de dar concretização aos comandos ínsitos nos artigos 3º, n. 1 e 2 e 9º, da Convenção sobre os Direitos da Criança, e 36º, n. 6, da CRP, que contemplam a possibilidade expressa de preterir o princípio da preferência da família biológica, em homenagem ao princípio, ainda mais importante, do superior interesse da criança e do jovem menor que, ao promover a adoção, acolhe ainda, de modo expressivo, o princípio da prevalência da família, como bem decorre do estipulado pelo artigo 4º, a) e g), da LPCJP<sup>19</sup>.

De todo o modo, a intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem menor em perigo deve obedecer ao princípio da responsabilidade parental, por forma a que os pais assumam os seus deveres para com eles, em adequação com o princípio da prevalência da família, favorecendo-se as medidas que os integrem, nesta célula básica originária, ou que promovam a sua adoção, nos termos do preceituado pelo artigo 4º, f) e g), da referida LPCJP.

Contudo, a promoção da adoção deve ver esgotada a possibilidade de integração da criança e do jovem menor, na família biológica, e, muitas vezes, mesmo depois de uma tentativa não sucedida de inserção na sua família alargada, não se devendo esquecer que a adoção é um meio de proteção alternativo, que apenas deve funcionar quando o menor não tem família biológica ou quando a recuperação desta, para a

---

<sup>19</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão n. 04A3795. Relator Azevedo Ramos. Julgamento em 30 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 3 abr. 2008.

função parental a que, naturalmente, está vocacionada, não seja viável ou não o seja, em tempo útil, para o mesmo.

Como fonte criadora de uma relação jurídica familiar, paralela à filiação natural, mas substitutiva desta, com vista à promoção dos direitos e proteção das crianças e dos jovens em perigo que lhe compete, importa que a adoção veja agilizado e simplificado o seu percurso, em especial, durante a fase que se desenvolve, desde a formalização da candidatura até à apresentação da petição inicial em Tribunal, eliminando-se as diferenças que nada têm a ver com a essência dos respectivos institutos, privilegiando-se a família, com respeito pelo princípio do melhor interesse para o menor e da dignidade da pessoa humana, até culminar com uma decisão judicial, em que a legalidade estrita seja norteadada pela prudência e o cuidado na procura da solução mais conveniente e oportuna, para o caso concreto, e, portanto, da decisão mais equitativa.

A tutela e promoção da criança e do jovem menor, no seio da família a que pertence, estão, pois, intimamente, ligadas aos valores mais essenciais do progresso das comunidades humanas.

Assim sendo, quando tal vier a acontecer, o reciclado regime jurídico da adoção acabará por corresponder ao espírito do legislador constitucional quando, através do artigo 36º, n. 7, da CRP, oriundo da revisão de 1982, introduziu o instituto, no domínio dos direitos fundamentais relativos à família e à filiação, como forma sublimada de uma efetiva realização dos direitos dos menores.

## Conclusão

Depois de tudo o que se disse, vale a pena ainda concluir no sentido de que a resposta à questão ensaiada sobre a encruzilhada da adoção, no complexo âmbito dos direitos fundamentais, quer dos progenitores biológicos, quer dos menores carecidos de proteção, acaba, assim, como quase tudo o que acontece, nesta área tão sensível, mas, também, tão entusiasmante, do Direito da Família e de Menores, por ser encontrada, tendo como Norte a característica endógena da fragilidade da garantia de que é portador, com base na prevalência do interesse superior da criança e do jovem menor, consagrado como receita terapêutica para uma situação, cuja etiologia, eventualmente, em nada foi determinada pela conduta dos seus progenitores.

Destruída a família biológica é, de novo, a recente família adventícia a principal realidade afetiva a relevar, para além dos progenitores adotivos e do próprio menor, no sentido de que para este é ainda e sempre a família o seu espaço privativo de realização e de afirmação pessoal, como ser independente, a caminho da maioridade, que se pretende livre e responsável.

## Bibliografia

- BASTOS, Jacinto Rodrigues. *Direito da família IV*. Coimbra: Almedina, 1979, v. 4.
- CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito de família*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MARTINS, Rosa. Poder Paternal *vs* autonomia da criança e do adolescente. *Lex familiae: Rev. Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n. 1, 2004.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Crítério jurídico da paternidade*. 1983. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito de Coimbra, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Crítério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PORTO, Margarida. O direito a uma família real, o relevo do consentimento dos pais biológicos na constituição da relação de adoção. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. 80, p. 853-873, 2004.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 320/00. Relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza. Julgamento em 21 jul. 2000. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 3 abr. 2008.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 181/97. Relator Luís Nunes de Almeida. Julgamento em 5 mar. 1997. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 3 abr. 2008.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 470/99. Relator Alberto Tavares da Costa. Julgamento em 14 jul. 1999. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 3 abr. 2008.
- \_\_\_\_\_. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão n. 309/2002. Processo n. 1832/02-2. Relator Gomes da Silva. Julgamento em 17 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 3 abr. 2008.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão n. 04A3795. Relator Azevedo Ramos. Julgamento em 30 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 3 abr. 2008.
- SANTOS, Ana. *Como se fora seu filho*: representação da família e do parentesco em processos de adoção em Portugal. Lisboa: Livros Novalis, 2000.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. *Constituição da república portuguesa comentada*. Lisboa: Lex, 2000.
- VARELA, Antunes. *Direito da família*. 3. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1993.



# Chamada por trabalhos

A revista **DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares** é uma publicação do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino. Seu objetivo é divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao direito, à administração, sociologia, história, literatura, economia e áreas afins. Professores, pesquisadores e estudantes de pós-graduação são estimulados a participar, enviando seus artigos aos cuidados dos editores, para o endereço Rua do Seminário, 281, Bairro São Francisco, CEP 15.806-310, Catanduva – SP, Fone: (17)3522-2405 ou para o endereço eletrônico: [secretaria.faeca@fipa.com.br](mailto:secretaria.faeca@fipa.com.br) ou [professorcamilo@uol.com.br](mailto:professorcamilo@uol.com.br).

## Seleção dos Artigos:

Os artigos recebidos serão submetidos à avaliação prévia do(s) editor(es) e/ou do Conselho Editorial para verificação de sua adequação à linha editorial do periódico. Após esta avaliação, os artigos, sem identificação do autor, serão remetidos para a avaliação de 2 (dois) pareceristas anônimos (um deles exógeno à Instituição responsável pelo periódico) para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, seguindo o sistema do *duplo blind peer review*. Os pareceres anônimos serão encaminhados posteriormente aos autores, para que tomem ciência da rejeição do seu artigo, possam adaptar seu texto ou justificar a manutenção do formato original, cabendo a decisão final sobre a publicação ou não dos artigos em que o autor manteve o formato, discordando de algum dos pareceres, ao Conselho Editorial. Trabalhos não aceitos serão devolvidos ao autor.

## Normas para publicação

1. Serão considerados para publicação artigos inéditos e exclusivos para **DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares**.
2. Autores nacionais devem enviar textos em português. Autores estrangeiros deverão enviar os textos em inglês ou espanhol. Nesses casos, a tradução será providenciada pela revista **DIREITO E SOCIEDADE**, que terá a opção editorial de publicá-lo apenas em português.
3. Os artigos devem conter de 8 a 25 laudas, incluindo resumo em português e em inglês (*abstract*), tabelas, ilustrações e referências bibliográficas. O original

deve ser enviado em arquivo eletrônico e papel (corpo 12, Times New Roman, espaço 1,5 entre linhas, formato A-4, com margens superior e esquerda 3 cm e inferior e direita 2 cm).

4. Autores múltiplos devem ser listados em ordem de proporcionalidade do envolvimento no artigo.

5. O resumo e o *abstract* deverão ter até 15 linhas, em um único parágrafo, especificando o objetivo do trabalho, breve descrição, idéias principais e conclusões.

6. Deverão ser indicadas de 3 a 5 palavras chaves, em português e inglês (*key-words*).

7. As referências ao longo do texto deverão ser inseridas em notas de rodapé na parte inferior da página.

8. Fotografias e ilustrações devem ser numeradas na ordem de inserção no texto e apresentadas em folhas separadas. O mesmo procedimento deverá ser observado quanto a tabelas. Os números deverão aparecer também no verso dos originais para melhor identificação. Legendas para as ilustrações e tabelas devem ser digitadas em página separada.

9. Referências bibliográficas devem respeitar as orientações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), expressas na norma NB-66 (NBR 6023:2002).

10. Os autores de textos, fotografias e ilustrações a serem publicados cedem gratuitamente os direitos de publicação. Todo artigo encaminhado à revista deve ser acompanhado de carta assinada pelo(s) autor(es), contendo autorização para reformulação de linguagem, se necessária, e declaração de responsabilidade e transferência de direitos autorais conforme a seguir: *DECLARAÇÃO DE RESPONSABILIDADE E TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS: Eu (nós), abaixo assinado(s) transfiro(erimos) todos os direitos autorais do artigo intitulado (título) à DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares. Declaro(amos) ainda que o trabalho é original e que não está sendo considerado para publicação em outra revista, quer seja no formato impresso ou eletrônico. Data e Assinatura(s).*

Impressão:



**RAMON NOBALBOS**  
GRÁFICA E EDITORA

E-mail: atendimento@nobalbos.com.br  
Rua 7 de Setembro, 342 - PABX: (17) 3522-4453 - CATANDUVA - SP