



DIÁLOGO JURÍDICO



ANO VII - N. 7 - ABRIL DE 2008

DIRETOR SUPERINTENDENTE DA ORGANIZAÇÃO EDUCACIONAL FARIAS BRITO
TALES DE SÁ CAVALCANTE

DIRETOR ACADÊMICO DA FACULDADE FARIAS BRITO
MIGUEL ANTÔNIO BORGES DE ARAÚJO

DIRETOR DE ENSINO DA ORGANIZAÇÃO EDUCACIONAL FARIAS BRITO
GENUINO SALES

COORDENADORA DO CURSO DE DIREITO
CECÍLIA ÉRIKA D'ALMEIDA LÔBO

CONSELHO EDITORIAL
ANTÔNIO DUARTE FERNANDES TÁVORA
FERNANDO BASTO FERRAZ
FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO
GENUINO FRANCISCO DE SALES
GUSTAVO RAPOSO PEREIRA FEITOSA
JEANINE NICOLAZZI PHILLIPPI
JUDICAEL SUDÁRIO DE PINHO
LÍDIA VALESCA BONFIM PIMENTEL RODRIGUES
MARTÔNIO MONT'ALVERNE
MARCELO LIMA GUERRA
PAULO BONAVIDES
PAULO LOPO SARAIVA
PAULO NAPOLEÃO GONCALVES QUEZADO
RODRIGO DA CUNHA PEREIRA
ROSA JÚLIA PLÁ

PROJETO GRÁFICO
GRÁFICA FFB / WELLINGTON NOGUEIRA DA SILVA

EDITORACÃO
ELMON PESSOA

REVISÃO
MARIA AMÉLIA LIMA

OS TEXTOS SÃO DE INTEIRA RESPONSABILIDADE DE SEUS AUTORES.

ARTIGO E COLABORAÇÕES DEVEM SER REMETIDOS À:
FACULDADE FARIAS BRITO
RUA CASTRO MONTE, 1364 - 2º ANDAR
CEP: 60175-230 - FORTALEZA - CE
FONES: (85) 3486.9090 E 3486.9003 - FAX: (85) 3267.5169
e-mails:
dialogojuridico@ffb.edu.br
academica@ffb.edu.br



DIÁLOGO JURÍDICO

HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO

PEDRO HENRIQUE DE HOLANDA PUCCI

KATHARINE SANTOS VIEIRA

LIDIA VALESCA PIMENTEL
MICHELINE FERRARO OLIVEIRA
SILVELENA MARIA DO NASCIMENTO

RAMSÉS MACIAL DE CASTRO

ANA PAULA DE OLIVEIRA ADRIANO

JOÃO RAFAEL FURTADO

NILSITON RODRIGUES DE ANDRADE ARAGÃO

ANA MARIA ALMEIDA MARQUES



©
DISTRIBUIÇÃO: FACULDADE FARIAS BRITO
RUA: COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO
FORTALEZA: CASTRO MONTE, 1364 - 2º ANDAR
CE
CEP: 60175-230
FONES: (85) 3486.9090 E 3486.9003
FAX: (85) 3267.5169
E-MAIL: dialogojuridico@ffb.edu.br
academica@ffb.edu.br
ORGANIZAÇÃO EDITORIAL: ANTÔNIO DUARTE FERNANDES TÁVORA
CAPA: GRÁFICA FB
TIRAGEM MÍNIMA: 800 EXEMPLARES

FICHA CATALOGRÁFICA

Diálogo Jurídico/Ano VII. n. 7 (abril) – Fortaleza: Faculdade Farias Brito,
2008 –

Semestral

ISSN 1677-2601

1. Direito – Periódico. 2. Advocacia. I. Faculdade Farias Brito (FFB)

CDD-340.05

EDITORIAL

A Diálogo Jurídico, em seu sétimo ano de existência, torna sistemática sua periodicidade semestral. Agora, além do já tradicional número de outubro, lançaremos também nos meses de abril mais um exemplar, também dedicado à perspectiva emancipatória, plural e humanista do Direito, que temos cultivado desde o primeiro número.

Neste exemplar, abre a revista o artigo do professor Hugo de Brito Machado Segundo, numa revisão do temário dedicado à democracia. Da democracia da Grécia Antiga a experiências políticas posteriores, o autor avalia a fortuna crítica erigida sobre os defeitos da democracia com o fito de aferir em que medida os modelos contemporâneos necessitam de revisão ou reforma.

Nada mais natural que depois de uma avaliação sobre “democracia, liberdade e igualdade”, título do artigo que abre a revista, ter-se como seqüência temática a “sorte na democracia: o sorteio como razão de decidir na legislação eleitoral”, do mestrando Pedro Henrique de Holanda Pucci. Nesse artigo, o autor analisa a introdução do sorteio como razão de decidir na legislação eleitoral; avalia ainda a aceitabilidade racional do sorteio como instância de legitimidade da decisão jurídica. Mais uma vez, a comparação com o modelo grego se dá, mas dessa vez, diferente do tom revisional em torno da democracia do primeiro artigo, tem-se, uma conclusão que leva a crer que a sorte introduzida na democracia grega perdeu seu fim de igualdade na modernidade, tornando-se apenas um obstáculo para o cidadão no processo eleitoral.

Do temário que alberga a democracia, passa-se a discutir, no artigo da professora Katharine Santos Vieira, a intervenção do Estado na economia. “Do Estado liberal ao Estado atuante à luz da Constituição Federal” é uma instigante leitura em que se flagra como a C.F.88 é uma constituição marcada pelo intervencionismo econômico, o que permite qualificar o estado brasileiro como social-democrático de direito.

Da prática de pesquisa realizada no Programa de Pesquisa Jurídica da Faculdade Farias Brito, publicamos “os sentidos da violência e da cidadania: um estudo qualitativo sobre as representações de adolescentes e jovens do Lagamar”, pesquisa coordenada pela professora doutora Lídia Valesca Pimentel, da qual fizeram parte as graduandas Micheline Ferraro Oliveira e Silvelena Maria do Nascimento, co-autoras do trabalho, que visa compreender como os jovens dessa comunidade urbana e segregada entendem a violência e a cidadania.

O artigo “a repressão ao abuso do poder econômico em face da reforma do sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC)”, de autoria do professor Ramsés Maciel de Castro avalia como esse abuso, apesar de ter repressão prevista constitucionalmente, e regulamentada pela lei 8884/94 ainda é ineficaz. O autor aponta as fragilidades do SBDC, assim como do conselho administrativo de defesa econômica-CADE, além de destacar as propostas de reforma do projeto de lei 5877, em tramitação desde 2005.

Ana Paula de Oliveira Adriano faz “uma análise dos institutos da prescrição e da decadência do ordenamento jurídico brasileiro”, considerando quatro momentos distintos: o código civil de 1916, o código de processo civil, o código civil de 2002 e as alterações do código civil estabelecidas pela Lei 11.280, de 2006.

O professor João Rafael Furtado traz a lume a “Teoria da Argumentação Jurídica e a Sustentação Oral do Advogado”, em que aborda a epistemologia da sustentação oral. Para o autor, a teoria da argumentação jurídica tem o papel de instrumento contrário à manipulação política que pode impregnar o processo judicial, servindo a advogados e magistrados no manuseio de suas justificações de modo prático, lógico e racional.

Já no artigo “limitação material do poder constituinte”, o mestrando Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão, além de expor a Teoria do Poder Constituinte, avalia a possibilidade de uma limitação material do poder constituinte brasileiro. Em função disso, diferencia titularidade legítima da ilegítima, titularidade e exercício com o objetivo de demonstrar as possibilidades de limitações materiais e formais do órgão que exerce o poder constituinte.

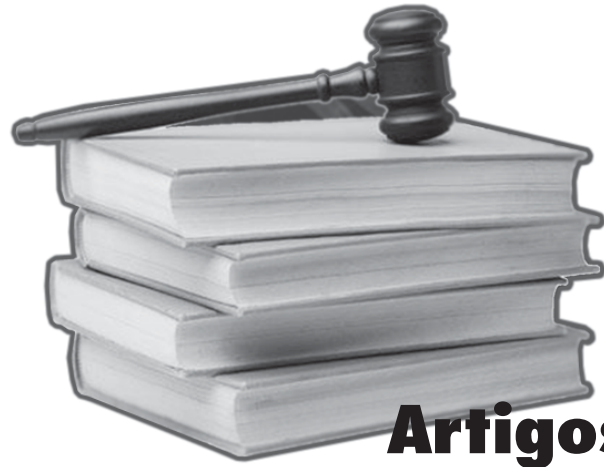
Fecha esse número da Diálogo Jurídico o instigante trabalho da psicóloga e graduanda em Direito, Ana Maria de Almeida Marques, que no artigo “Estetismo e Publicidade: Parâmetros para uma análise jurídica das relações de consumo”, analisa como o Direito é chamado a intervir na relação estetismo – consumo, no intuito de tutelar o consumidor.

A Diálogo Jurídico, ao adentrar a mais um ano de publicações, renova sua perspectiva emancipatória, plural e humanista do Direito, marcas de nossa identidade, reconvocando a comunidade acadêmico-jurídica a submeterem seus trabalhos ao nosso conselho, dando continuidade a jornada acadêmica que estamos trilhando desde o nosso nascedouro.

Conselho Editorial.

SUMÁRIO

NOTAS SOBRE DEMOCRACIA, LIBERDADE E IGUALDADE <i>Hugo de Brito Machado Segundo</i>	09
SORTE NA DEMOCRACIA: O SORTEIO COMO RAZÃO DE DECIDIR NA LEGISLAÇÃO ELEITORAL <i>Pedro Henrique de Holanda Pucci</i>	29
DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO ATUANTE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 <i>Katharine Santos Vieira</i>	39
OS SENTIDOS DA VIOLÊNCIA E DA CIDADANIA: UM ESTUDO QUALITATIVO SOBRE AS REPRESENTAÇÕES DE ADOLESCENTES E JOVENS DO LAGAMAR – FORTALEZA-CE <i>Lídia Valesca Pimentel</i> <i>Micheline Ferraro Oliveira</i> <i>Silvelena Maria do Nascimento</i>	57
A REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO EM FACE DA REFORMA DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC) <i>Ramsés Maciel de Castro</i>	73
UMA ANÁLISE DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO <i>Ana Paula de Oliveira Adriano</i>	91
TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A SUSTENTAÇÃO ORAL DO ADVOGADO <i>João Rafael Furtado</i>	103
LIMITAÇÃO MATERIAL DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO <i>Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão</i>	119
ESTETISMO E PUBLICIDADE: PARÂMETROS PARA UMA ANÁLISE JURÍDICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO <i>Ana Maria Almeida Marques</i>	141



Artigos



NOTAS SOBRE DEMOCRACIA, LIBERDADE E IGUALDADE

HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO¹

Resumo: Neste trabalho, faz-se exame de algumas características da democracia na Grécia antiga, e de experiências políticas posteriores, para, a partir especialmente de seus defeitos, apontados por seus mais contundentes críticos, aferir-se o que os modelos contemporâneos de democracia têm de positivo, quais pontos não devem ser alterados, e quais necessitam de revisão.

Palavras-chave: democracia, liberdade, igualdade, constituição, segurança.

Abstract: In this study, it was prepared an examination of some characteristics of the democracy in old Greece and also of later political experiences for, especially from its failures, pointed for its more forceful critics, to investigate what the contemporary models of democracy have of positive, which points do not have to be modified, and which need revision.

Key words: democracy, liberty, equality, constitution, security.

Introdução

Não é rara a utilização de idéias geralmente aceitas em uma comunidade para a obtenção de resultados que delas não necessariamente decorrem. O uso desse recurso presta-se para, diante de eventual oposição, afirmar-se simplesmente que o opositor está a questionar as premissas (que a maioria aceita), para com isso desacreditá-lo sem que se tenha de entrar no debate – que é essencial – relativo ao (inexistente) fio condutor entre premissas e conclusões.

¹ Advogado, Mestre em Direito pela UFC. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Professor de Processo Tributário da pós-graduação da Unifor. Professor de Direito Tributário da Faculdade Christus e da Faculdade Farias Brito.

É o que ainda se verifica, na atualidade,² com alguns aspectos da idéia de democracia, notadamente em suas relações com liberdade e igualdade.

Afirma-se que os direitos ligados à liberdade, conquistados modernamente³ no âmbito das revoluções burguesas, seriam fruto de uma visão ultrapassada do Estado. O Estado atual não seria mais apenas “de Direito”, mas também “Social” ou “Democrático de Direito”, a teor do que dispõe o art. 1.º da Constituição Federal de 1988, e por isso mesmo os direitos inerentes à liberdade deveriam ser relativizados ou ponderados. Aqueles que se insurgem contra uma “relativização” de sua liberdade, nesse contexto, são rapidamente acusados de partidários de um liberalismo ultrapassado, situados ainda no Século XIX e cegos à realidade social.⁴

Mas, do mesmo modo, também há quem afirme que a promoção de direitos ligados à igualdade, através da atuação do Poder Público, relaciona-se com um perfil de Estado que a História mostrou ser terrivelmente supressor de liberdades, e que também está ultrapassado, sobretudo depois da queda do muro de Berlim. A Constituição de 1988, neste ponto, por conter inúmeros resíduos dessa visão de Estado, estaria defasada e pesada, travancando o desenvolvimento econômico do País.

É curioso, nesse contexto, como um mesmo documento – no caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 – tenha partes de seu texto defendidas e atacadas, reciprocamente, por pessoas que se dizem suas defensoras. Em ambos os lados, algumas agem sinceramente, acreditando

2 Embora o fenômeno tratado no texto possa ocorrer em outros lugares do globo, e em outras áreas, quando se refere o que “acontece atualmente”, tem-se em mente a realidade brasileira, sobretudo no que pertine ao debate em torno do Direito Constitucional e dos demais subconjuntos a ele mais diretamente ligados, como é o caso do Direito Eleitoral, do Direito Tributário e do Direito Administrativo.

3 A expressão *modernamente*, aqui, não se refere a algo contemporâneo, mas como designação de acontecimento havido no período histórico imediatamente posterior à Idade Média. As divisões na História, como as classificações em geral, têm algo de arbitrário, não sendo possível estabelecer um marco preciso e exato a partir do qual uma idade teria começado e outra terminado, sobretudo porque a história não é linear. De qualquer modo, o texto se reporta, nesse particular, ao período imediatamente posterior às revoluções havidas na Europa e na América entre os Séculos XVII e XIX, através das quais governos monárquicos foram substituídos por democracias representativas.

4 Essa argumentação é freqüentemente invocada pelos que representam o Estado, em especial em processos judiciais, no âmbito de suas relações com o cidadão-contribuinte. Preconiza-se que os direitos deste último sejam relativizados, ou mitigados, porque oriundos de uma visão liberal ultrapassada, cega para uma realidade social que, pelo menos em tese, seria corrigida pelo Estado com a arrecadação do valor em disputa.

no que defendem. Outras não: seus propósitos são inconfessáveis. Mas todas afirmam agir em nome da democracia. Revela-se, com isso, o acerto de NEIL MACCORMICK quando afirma que, no debate jurídico, “a insinceridade é ainda mais reveladora que a sinceridade”⁵, pois o simples fato de alguém tentar inventar uma justificativa plausível (e apenas aparente) revela que o próprio defensor do ato em discussão considera que seus verdadeiros motivos são inaceitáveis. Mas não só. Mostra-se, também, a retidão do que afirma GIOVANNI SARTORI, segundo o qual “a democracia se transformou numa palavra universalmente honorífica”,⁶ sendo certo que, para os inimigos da democracia, “a melhor forma de evitá-la é fazê-lo em seu nome e com seu próprio nome”.⁷

Neste pequeno artigo, faz-se análise de alguns aspectos da relação entre democracia, liberdade e igualdade. Parte-se, de início, do modelo grego de democracia, adotado por volta do Século IV a.C. Não como mera ilustração histórica, tão freqüente quanto desnecessária em muitos trabalhos acadêmicos, tampouco porque se pense que tal modelo de

5 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, tradução de Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 19. A natureza “reveladora” a que se refere MacCormick diz respeito à cientificidade do estudo do Direito. Com efeito, por mais que não se tenha a “objetividade” das ciências exatas, não se pode falar que a resolução de problemas jurídicos seja completamente subjetiva, a tornar inviável o debate racional. Tanto que o defensor de uma postura arbitrária não pode dizer, simplesmente, que “para ele” aquilo é justo, e assim encerrar a questão. Tem de valer-se da insinceridade na exposição de seus motivos, cabendo aos seus opositores, então, demonstrar a improcedência dos motivos (aparentes) invocados.

E a experiência mostra que isso realmente ocorre, não só no debate jurídico, mas em todos aqueles em que se questionam valores e, por isso mesmo, se aplica a lógica *dialética*, e não a lógica formal. Dificilmente, alguém adota uma postura arbitrária sem procurar, de alguma forma, dar a ela uma justificativa aparente, para tentar torná-la legítima. É preciso obter a aceitação do grupo, nem que seja com o uso de um pretexto. Ao proibir a mulher de trabalhar, o marido machista e ciumento alega, de forma muito gentil, que assim é melhor para as crianças, que ficarão próximas da mãe, e quem sabe para ela própria, que viverá mais descansada. Em tom grave, diz aceitar o sacrifício de sustentar a família, por ser muito bom e generoso. Não admite, naturalmente, que terá ciúmes de eventuais colegas de trabalho. Tampouco confessa que se sentirá diminuído diante o sucesso profissional de sua companheira, e que entrará em crise se a remuneração dela tornar-se maior que a sua. Da mesma forma, ao promover a invasão de um país no oriente médio, representante de superpotência ocidental não afirma estar disposto a sacrificar vidas, a soberania do país e todo o Direito Internacional apenas para se apropriar do petróleo ali situado. Não. Em tom bondoso e até de sacrifício, alega estar protegendo o povo do local, estabelecendo a democracia e afastando um ditador malvado.

6 SARTORI, Giovanni. *A Teoria da democracia revisitada – v. 1 – O debate contemporâneo*, tradução de Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Ática, p. 18.

7 SARTORI, Giovanni. *A Teoria da democracia revisitada – v. 1 – O debate contemporâneo*, tradução de Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Ática, p. 19.

democracia é isento de defeitos, mas precisamente pelo contrário: buscar-se-á, à luz de seus defeitos, das críticas que lhe foram feitas e das experiências posteriores, a indicação de caminhos sobre como *não resolver* os problemas que eventualmente se apresentam à democracia no mundo contemporâneo.

1 DEMOCRACIA NA GRÉCIA ANTIGA

1.1 Preliminarmente

Não é o caso, aqui, de se aprofundar o exame em torno das origens da democracia, dos aspectos geográficos, sociais e políticos que levaram ao seu surgimento na Grécia do Século IV a.C.⁸ Será suficiente, para os propósitos deste texto, relembra, em linhas gerais, suas características centrais. Sobretudo suas deficiências, e suas qualidades. Isso é importante, principalmente, porque – como observa DEL VECCHIO – o estudo da história fornece material, reflexões e experiências que “a um homem só, no decurso da vida, seria impossível ocorrer.”⁹ Desprez-a, continua DEL VECCHIO, conduz à mesma situação que a do “artífice actual que, agora, seria incapaz de ser o inventor de todos os instrumentos da sua arte.”¹⁰

1.2 Premissas fundamentais

A democracia na Grécia do Século IV a.C, notadamente em Atenas, orientava-se basicamente por três premissas: a igualdade, a liberdade e o respeito pela lei. A todos do povo – conceito assaz restrito, como adiante será visto – era lícito participar dos assuntos de interesse da coletividade. Aliás, não apenas lícito, mas verdadeiramente necessário.

É importante destacar, contudo, que à época ainda não havia uma idéia de “indivíduo”, oponível ao “Estado”, o que só surgiu na idade moderna. O cidadão ateniense tinha direitos e obrigações; mas estes direitos não eram atributos de indivíduos privados e estas obrigações não

8 Confira-se, a propósito, HELD, David. *Modelos de Democracia*, tradução de Alexandre Sobreira Martins, Belo Horizonte: Paidéia, p. 13 e ss. E ainda GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana*, tradução de Cláudia Berlinger, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 9 e ss.

9 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, 5.ed., tradução de Antonio José Brandão, Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1979.p. 31.

10 *Idem, ibidem.*

eram forçadas por um estado dedicado à manutenção de uma estrutura que visava proteger os fins privados de certos indivíduos.¹¹ As idéias de “indivíduo” e “sociedade” em face do “estado” só surgiram na idade moderna, com teóricos como MAQUIAVEL e HOBBS.¹² Tais noções não existiam na Grécia do Século IV a.C, até porque o que havia, na época, era um “autogoverno”. As decisões eram tomadas e as leis feitas com a participação de todos, à luz do melhor argumento, e não em face de costumes ou da força bruta. O ateniense não se via livre de qualquer restrição, mas traçava a distinção entre a restrição que é decorrente de sua sujeição à arbitrariedade de outro homem, e a que decorre da lei, em cuja feitura ele participou, e cuja necessidade de respeito ele reconhece, podendo se considerar, nesse sentido, auto-imposta.¹³

Questões difíceis, em face das quais seria difícil obter consenso, eram resolvidas à luz da opinião da maioria, no âmbito de processo no qual todos os interessados tinham oportunidade de participar.¹⁴ Pode-se dizer, pois, que o Estado de Direito e o devido processo legal teriam seus germes aqui.

Havia dois critérios ou formas de manifestação da liberdade: *i*) viver como escolher; *ii*) governar e ser governado.¹⁵ O exercício da segunda forma de liberdade, em tese, pode mitigar a primeira, mas se todos participam *igualmente* das decisões do governo (governar e ser governado), essa mitigação não ocorre de forma significativa, pois ter-se-ia o “ser governado como se escolheu”. Liberdade e igualdade, portanto, estavam umbilicalmente ligadas, somente sendo

11 HELD, David. *Modelos de Democracia*, tradução de Alexandre Sobreira Martins, Belo Horizonte: Paidéia, p. 17. No mesmo sentido: GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana*, tradução de Cláudia Berlinger, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 56.

12 Para Michel Villey (*Filosofia do Direito – Definições e Fins do Direito. Os meios do Direito*, tradução de Márcia Valéria Martínez de Aguiar, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 127), o individualismo teria seu germe em Santo Tomás de Aquino. No mesmo sentido: COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, *passim*.

13 HELD, David. *Modelos de Democracia*, tradução de Alexandre Sobreira Martins, Belo Horizonte: Paidéia, p. 17.

14 Em certo sentido, não é isso o que preconizam os contemporâneos teóricos do pós-positivismo, relativamente ao conceito de verdade pós-moderno, à legitimação pelo procedimento etc.?

15 HELD, David. *Modelos de Democracia*, tradução de Alexandre Sobreira Martins, Belo Horizonte: Paidéia, p. 19.

possível o exercício de uma porque se assegurava, também, a outra. Isso porque realmente não há como “governar e ser governado” se não houver igualdade na participação das deliberações relativas aos assuntos da *polis*.¹⁶

Quanto à sua forma de funcionamento (nomenclatura de órgãos, sua composição, funcionamento etc.), trata-se de aspecto cujo aprofundamento não seria pertinente neste texto. Entretanto, cabe registrar que os cidadãos atenienses reuniam-se em Assembléia 40 vezes ao ano. O quorum para instalação era de 6 mil cidadãos. Essa Assembléia decidia assuntos como a declaração de guerra, a tributação, o ostracismo etc.

Buscava-se a unanimidade, que, evidentemente, nem sempre era obtida. Em relação às questões mais difíceis, nas quais havia profunda divergência entre os atenienses, a Assembléia era uma forma de dar uma solução ao problema, pois a decisão tomada encontrava legitimidade tanto por haver sido acolhida pela maioria como por permitir a participação (por meio da argumentação) de todos os interessados.

Mas a Assembléia, composta de um número tão grande de pessoas, não tinha condições de administrar seu próprio funcionamento, decidir quando e como os assuntos seriam a ela submetidos, esboçar a legislação que depois seria submetida à sua aprovação, elaborar sua agenda etc. Para isso, existia um “Conselho de 500”, que era auxiliado nesse mister por um “Comitê de 50”, que tinha um presidente como líder. Tal presidente, contudo, só poderia ocupar o cargo por um dia.

É importante observar que quase todos os servidores eram eleitos para um período não renovável de um ano. Para evitar os vícios e os problemas decorrentes da eleição direta (v.g., clientelismos), existiam mecanismos para preservar a responsabilidade de prestação de contas dos administradores, e os servidores eram designados para o desempenho de tarefas por meio de sorteio,¹⁷ havendo rotatividade no exercício das mesmas.

16 Nesse sentido: COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 473.

17 Como explica Fábio Konder Comparato, a designação de cidadãos pelo sorteio, e não por eleição, “procedimento que hoje nos causa o maior espanto – a razão política era, evidentemente, impedir a ascensão, acima do povo, de personalidades individuais muito marcadas; procurava-se impedir no nascedouro o estabelecimento de tiranias.” (*Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 569)

De tudo isso, se pode extrair, em suma, os seguintes aspectos fundamentais: a) responsabilidade de quem age em nome da coletividade; b) rotatividade no exercício da função pública; c) sorteio para o preenchimento de cargos.

1.3 Críticas à sua estrutura

A primeira crítica que se pode dirigir à democracia grega – e a mais usualmente verificada – é a de que eram *cidadãos* os atenienses homens, livres e maiores de vinte anos.¹⁸ Descendentes de imigrantes, mulheres, crianças, escravos etc. não tinham direito a voto nem à participação nos assuntos da *polis*. Por essa razão, DAVID HELD chega mesmo a questionar se, a rigor, pode-se efetivamente referir a estrutura ateniense da época como sendo uma democracia.¹⁹ Talvez esse exclusivismo, com as tensões e os conflitos dele decorrentes, tenha sido uma das razões pelas quais a democracia grega não persistiu por muito tempo.

Outra crítica – feita especialmente por seus contemporâneos, como PLATÃO – é a de que a democracia trata todos os homens como iguais, sejam eles iguais ou não. Na verdade, para os críticos, assim como um barco deve ser liderado por seu comandante, e não pelo que decidir a maioria dos marinheiros ignorantes, a *Polis* deve ser governada por sábios.

Objetivamente, para PLATÃO, os principais problemas da democracia são: *i*) os governantes, preocupados em obter e manter *popularidade*, não tomam as decisões nem adotam as posturas corretas, em situações difíceis, quando isso é necessário; *ii*) a maioria pode tomar decisões precipitadas, movida pela paixão, ou influenciadas por uma retórica falaciosa, em relação às quais ela própria pode arrepender-se depois; *iii*) a maioria pode vir a adotar decisões ou posturas contrárias à lei, e, portanto, arbitrárias.²⁰

18 Simone Goyard-Fabre reporta-se, no texto já referido em nota anterior neste artigo, à idade de dezoito anos (e não vinte) como necessária à aquisição do *status* de cidadão. Tal divergência (David Held, no texto também anteriormente mencionado, faz alusão a vinte anos, posição adotada neste artigo), contudo, não tem qualquer relevância para a análise da democracia grega, e muito menos para as lições que dela se pretende extrair neste artigo.

19 HELD, David. *Modelos de Democracia*, tradução de Alexandre Sobreira Martins, Belo Horizonte: Paidéia, p. 23.

20 Cf. HELD, David. *Modelos de Democracia*, tradução de Alexandre Sobreira Martins, Belo Horizonte: Paidéia, p. 29.

Na visão dos críticos, a melhor forma de governo seria aquela em que os filósofos tivessem o poder e decidissem a respeito dos assuntos de interesse coletivo. Essa visão está muito claramente delineada em *A República*, embora, em obras de sua maturidade (*O Político* e *As Leis*), PLATÃO tenha admitido a necessidade de alguma forma de consenso e participação populares para manter o governo.

2 O QUE SE EXTRAÍ DA CRÍTICA AOS “DEFEITOS” DA DEMOCRACIA GREGA

2.1 A questão da igualdade e da inaptidão do povo. Governo de sábios

A história é rica de exemplos de formas de governo que não consagram a igualdade entre governantes e governados, e que atribuem a um governante supostamente “iluminado” o comando do Estado. Numa demonstração de que não há linearidade na história, e para não alongar muito o texto, podemos nos contentar com a remissão às monarquias absolutistas da Europa do final da Idade Média e aos regimes totalitaristas da primeira metade do Século XX.

Tais exemplos mostram a magnitude do problema, e o acerto da célebre frase proferida por WINSTON CHURCHILL em discurso na Casa dos Comuns, em 11 de novembro de 1947, de que a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos.²¹

É verdade que as pessoas não são iguais,²² que umas são mais preparadas que outras, e que não seria adequado deixar-se que a opinião das despreparadas, que talvez seja maioria, determine os destinos da coletividade. Tais premissas são corretas, e realmente seria muito bom um governo de sábios, filósofos preparadíssimos. A questão, contudo, está em saber: *i*) quem determinaria quem são os sábios? *ii*) quem imporá limites aos sábios?

A imprestabilidade da afirmação de que um governo de sábios seria melhor que uma democracia é análoga à da afirmação de que justiça é o ideal de “dar a cada um o que é seu”, eis que o ponto questionado é justamente “o que é de cada um”.

²¹ “Democracy is the worst form of government except from all those other forms that have been tried from time to time.” Citação obtida na enciclopédia *Wikipedia*, em <http://pt.wikiquote.org/wiki/Winston_Churchill>

²² Sobre a desigualdade natural das pessoas, vale conferir ROUSSEAU, J. J., *Discurso sobre a origem da desigualdade*, em <<http://www.culturabrasil.org/dadesigualdaderousseau.htm>>

Para que a idéia de um governo de sábios fosse boa, ou pelo menos factível, seria necessário que tais sábios fossem infalíveis, que fosse possível diferenciá-los em meio à coletividade, e que a pessoa incumbida de os escolher e indicar fosse ainda mais sábia e também infalível, o que, já se vê, conduz a um regresso ao infinito.

A questão é muito bem colocada por PONTES DE MIRANDA, que escreveu:

Certamente, em matéria de ciência ou de técnica, a opinião de um só indivíduo pode valer mais e ter mais razão contra a de muitos. Em assuntos de interesse imediato de muitos, a de muitos, ou de todos, tem de valer mais. Pelo menos, evita que o interesse de poucos prevaleça sobre o de muitos. (...) O que é preciso é que seja o povo que decida dos seus destinos, desde os menores círculos políticos. A inserção de alguém que adote soluções sem ter sido escolhido pelo povo, ou por alguém a que o povo atribuiu escolher, cria o núcleo monocrático, que, se irresponsável, se torna, aos escorregos, autocracia.²³

A crítica de que a democracia é ruim, por permitir que despreparados sejam tratados de forma igual aos sábios, portanto, não procede. Não porque o defeito não seja verdadeiro, mas porque para ele não há remédio. Ou, talvez, até existam remédios, mas todos de efeitos colaterais muito, mas muito piores que a doença.

Assegurando-se a igualdade na participação no processo democrático, será o tempo e a própria democracia que selecionarão as propostas e os representantes, fazendo com que permaneçam no poder os sábios – pelo menos os que assim são considerados pela maioria – e não os ineptos.

2.2 A questão do eventual açodamento da maioria. Rigidez constitucional

Outro defeito apontado na democracia grega, como visto, é o de permitir que a maioria tome decisões apressadas, das quais depois se arrepende, e que não obedecem a limites preestabelecidos. Em outras palavras, a maioria, na Grécia, não conhecia limites jurídicos, podendo tomar decisões arbitrárias.

²³ MIRANDA, F.C. Pontes de. *Democracia, Liberdade, Igualdade, Os Três Caminhos*, Campinas: Bookseller, 2001, p. 141.

Talvez esse seja um dos pontos (juntamente com o federalismo e a tripartição de poderes) em que se pode afirmar que os teóricos modernos e contemporâneos *criaram* ou *inovaram* em relação aos gregos, e não apenas repetiram o que já teria sido por eles descoberto ou anunciado. Com efeito, o mencionado defeito mostra a necessidade de instituições rígidas, pré-estabelecidas, as quais nem a maioria deve poder modificar, o que se obtém precisamente através de uma *Constituição rígida*.

Por conta disso, PONTES DE MIRANDA, depois de apontar a importância do surgimento das Constituições rígidas para o aperfeiçoamento da democracia,²⁴ observa que elas

protegem a liberdade, a democracia e a maior igualdade contra o impulso puxante para o remoto, contra o impulso de descida à horda, que se produz na multidão-povo, que é a multidão passageira, acidental, e na multidão-religião, ou, ainda, na multidão-exército.²⁵

No mesmo sentido, RONALD DWORKIN destaca que

We may better protect equal concern by embedding certain individual rights in a constitution that is to be interpreted by judges rather than by elected representatives, an then providing that the constitution can be amended only by supermajorities.²⁶

É preciso muito cuidado, portanto, quando se fala, hoje, em “nova constituinte”, e quando se critica a carta constitucional vigente com suposto amparo no que seriam os “interesses do povo”. Mesmo que as premissas fossem verdadeiras – muitas vezes não são – por elas não se poderia abdicar da rigidez constitucional, sob pena de se incorrer nos mesmos vícios da democracia grega, de cujas conseqüências a História dá seu testemunho.

²⁴ *Op. cit.*, p. 43.

²⁵ *Op. cit.*, p. 43.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? (Principles for a new political debate)*, Princeton University Press: Princeton, 2006, p. 144.

2.3 Liberdade e igualdade. Conciliação no prestígio à dignidade da pessoa humana

Não basta, contudo, para aperfeiçoar a democracia em face dos defeitos que seus próprios críticos apontaram, que se atenda a exigência formal relativa ao estabelecimento de uma Constituição rígida. Algo mais há de ser assegurado, sobretudo em relação ao *conteúdo* dessa Constituição.

Nesse ponto, até hoje, as divergências são intermináveis, sobretudo no que toca à liberdade, e à igualdade. Seja como for, o que importa é que, atualmente, considera-se de forma pacífica que o poder da maioria não é absoluto, devendo respeito à dignidade da pessoa humana, e aos direitos que dela decorrem. Com essa exigência, somada à rigidez constitucional, se corrige o defeito apontado à democracia grega, de que a maioria eventualmente tomava decisões arbitrárias, contra as quais nada se podia fazer.²⁷ Atualmente, entende-se que o princípio democrático encontra alguns limites, devendo a vontade da maioria submeter-se aos direitos humanos, não podendo, por exemplo, tomar decisões ou formular prescrições de caráter retroativo (em face da segurança jurídica), ou supressoras da liberdade, da igualdade, do direito ao meio ambiente saudável etc.

Nesse ponto, convém notar que o excessivo prestígio dado a uma das dimensões de direitos inerentes ao prestígio da dignidade da pessoa humana pode levar à supressão não só de direitos de outras dimensões, mas daquele mesmo de cujo excessivo prestígio se cuida. Liberdade excessiva, que permita a uma pessoa exercer suas faculdades sem limites, certamente faz com que se acentue a desigualdade, e outras pessoas não possam exercer sequer seu direito à liberdade. Da mesma forma, assegurar a igualdade, de forma a suprimir a liberdade das pessoas de serem diferentes, suprimirá o direito à liberdade, que é traço diferenciador do homem,²⁸ e a própria igualdade, pois as pessoas às quais se delegar o papel de “igualar forçadamente” as demais seguramente terão privilégios que as tornarão diferentes.

27 Cf. HELD, David. *Modelos de Democracia*, tradução de Alexandre Sobreira Martins, Belo Horizonte: Paidéia, p. 29.

28 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 409.

FÁBIO KONDER COMPARATO observa, a propósito da mais eloquente tentativa – pelo menos em tese – de implantar a *igualdade* entre os membros de uma comunidade, o socialismo – que a

hipotética ‘ditadura do proletariado’ cedo transformou-se na real e crudelíssima ditadura do secretário-geral do Partido Comunista. E o pretendido e anunciado desaparecimento do Estado cedeu lugar à montagem do mais formidável aparelho estatal de todos os tempos.²⁹

Notável, a esse respeito, é a observação de MARIO VARGAS LLOSA. Para ele, hoje

sabemos que a centralização da economia suprime a liberdade e multiplica cancerosamente a burocracia, e que, com essa, ressurgem uma classe privilegiada ainda mais inepta do que a que Orwell crucificou em seu ensaio, igualmente ávida e perversa na defesa desses privilégios, fazendas, permissões especiais, monopólios, níveis de vida, que acarreta o exercício do poder vertical numa sociedade que, devido à falta de liberdade, aquilo é intocável e onímodo. ... Agora sabemos que o Estado é a representação real e concreta de um povo somente como ficção jurídica, mesmo nas democracias, onde essa ficção está muito menos alienada da sociedade do que sob os regimes de força. No mundo real, o Estado é patrimônio de uma determinada coletividade que, se acumula um poder desmedido que lhe assegura o controle de toda a economia, termina usufruindo-o em seu proveito contra os interesses daquela economia à qual, em teoria, representa. (...) Isso traz como consequência piores formas de privilégio e de injustiça que as permitidas por uma economia privada, nas mãos da sociedade civil que, se estiver bem regulada por um regime legal e submetida à vigilância de um Estado independente e democrático, pode ir abrindo oportunidades e diminuindo essas diferenças sociais e econômicas que Orwell, o socialista libertário, nunca deixou de combater.³⁰

²⁹ *Op. Cit.*, p. 383. Pontes de Miranda, no mesmo sentido, observa que, a propósito de instituir sociedade sem Direito e sem Estado, o socialismo fez surgir um Estado totalitário e um Direito extremamente injusto. (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, v.1, São Paulo: RT, 1967, p. 49.

³⁰ LLOSA, Mario Vargas. *A verdade das mentiras*, tradução de Cordélia Magalhães, São Paulo: Arx, 2004, 214.

RONALD DWORKIN, a esse respeito, escreve que, embora seja relativo o sentido e o alcance que cada comunidade – e, por conseguinte, cada ordenamento jurídico – atribui à dignidade da pessoa humana, e especialmente aos seus desdobramentos, pode-se sempre partir de duas premissas fundamentais, a saber: *i*) todo ser humano tem direito de desenvolver plenamente os seus potenciais; *ii*) todo ser humano tem a responsabilidade pelo desenvolvimento pleno de seus potenciais.³¹

Tais premissas são, em outras palavras, representações dos princípios da igualdade e da liberdade. As pessoas têm de ter – todas elas – condições para desenvolver seus potenciais, assegurando-se-lhes saúde, educação etc. Mas também têm responsabilidade sobre *como* desenvolver esses potenciais, não sendo compatível com sua liberdade – e, por conseguinte, com sua dignidade – que outrem lhe diga, ou pior, lhe imponha como fazê-lo.

Lapidar sua definição de igualdade, pois corrige o que em seu nome se quis fazer nos regimes socialistas, e que implica (a história o mostra) grave supressão da liberdade. Como a igualdade – decorrência da dignidade humana – impõe como consequência permitir a todo ser humano que desenvolva ao máximo suas potencialidades, tem-se que a igualdade reclama igualdade de oportunidades, mas não de resultados.

Houvesse igualdade de resultados, suprimir-se-ia a liberdade, e a conseqüente *responsabilidade pelas escolhas*, que dela decorre. Foi exatamente o que se assistiu nas economias socialistas, com o agravante da ditadura que nelas se instaurou de forma definitiva,³² em

31 “These two principles – that every human life is of intrinsic potential value and that everyone has a responsibility for realizing that value in his own life – together define the basis and conditions of humanity dignity.” (DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? (Principles for a new political debate)*, Princeton University Press: Princeton, 2006, p. 10).

32 Ainda a propósito da ditadura do proletariado, Giovanni Sartori observa que não existe ditadura provisória. Isso porque “como obrigar uma ditadura a cumprir uma promessa? Em particular, como obrigá-la a cumprir a promessa de se destruir a si mesma? A resposta é absolutamente simples: não há como. Uma ditadura é, por definição, um Estado sem controle; controla as pessoas que lhe são submetidas sem ser controlado por elas. Portanto, é evidente que no que diz respeito à ditadura, não há possibilidade de se cumprirem promessas; toda promessa é vazia *ex hypothesi*. (...) Prometer uma liberdade que deve passar primeiro pelo túnel de uma ditadura é como queimar o dinheiro necessário para o pagamento a ser feito amanhã.” (*A teoria da democracia revisitada*, v.2, tradução de Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Atica, p. 279)

mera substituição de uma classe dominante por outra. Em ilustrativa comparação com o jogo *Monopoly*, no Brasil conhecido sob o nome de “Banco Imobiliário”, DWORKIN escreve:

Suppose, for example, a radically egalitarian economic policy that collects all the community’s resources once a year and redistributes them equally so as to cancel out all the transactions of the past year and leave people free to start all over again on equal terms. That would be like sweeping up all the Monopoly money and property every quarter of an hour and beginning again, which would of course ruin the game because then no choice would have any consequences for anyone. It would not matter what anyone did. The radical egalitarian economic policy would have the same result at least financially: people would be insulated from the economic consequences of their acts therefore unable to take any responsibility for the economic dimension of their own lives. In such a world I could not stay in school longer in order to hold a higher-paying job later or economize now in order to educate my children better or make a screwd investment in hopes of realizing a profit. None of these choices would make any sense because I would end in the same economic position whatever I did; I could take no financial responsibility for my own choices because my own choices would have no financial consequences at all.³³

E, para DWORKIN, entre liberdade e igualdade, nesses termos, não há conflito. Em suas palavras, “political communities must find an understanding of each of these virtues that shows them as compatible, indeed that shows each as an aspect of the other.”³⁴

A partir dessas duas premissas, que ele batiza de *common ground*, em torno das quais praticamente não há dissenso, pode-se argumentar – sincera e racionalmente – em torno de quais medidas são necessárias e adequadas para atingir tais finalidades. Isso, aliás, conduz à última parte deste texto.

³³ *Op cit*, p. 102/103.

³⁴ *Is Democracy Possible Here? (Principles for a new political debate)*, Princeton University Press: Princeton, 2006, p 11. No mesmo sentido: COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 555.

2.4 Transparência e sinceridade nas discussões. Publicidade

Outro defeito apontado na democracia grega diz respeito ao uso de falácias e sofismas para convencer o povo a tomar (ou aceitar) certas decisões. Trata-se, mais uma vez, de defeito talvez menos ruim que o das demais formas de governo experimentadas pela humanidade ao longo da História. Seria o caso de tentar corrigi-lo, ou minimizá-lo, em vez de utilizá-lo para atacar a idéia de democracia como um todo.

Esse problema, aliás, também foi colocado por RONALD DWORKIN, na obra já referida neste texto,³⁵ preocupado com a pobreza do debate político nos Estados Unidos atualmente, que tem sido conduzido muito mais com amparo no marketing, no uso abusivo dos meios de comunicação de massa, na manipulação de questões religiosas, na feitura de associações descabidas que polarizam de modo irracional a sociedade americana.³⁶

Para ele, é necessário restabelecer o debate racional, aberto e sincero de idéias, para que se possa implementar verdadeiramente a democracia e resolver – em um sentido ou em outro, não importa – as questões relevantes à coletividade,³⁷ a partir das premissas apontadas no item anterior deste texto.

Isso mostra a importância dos direitos fundamentais de quarta dimensão, ligados à democracia, à informação e ao pluralismo. A democracia presta-se a que o direito tenha por conteúdo aquele desejado pela maioria dos que a ele se submetem, sendo complementada pelo direito à informação, que a viabiliza (permitindo ao povo fazer escolhas e conhecer o que se faz em seu nome), e ao pluralismo (impondo o respeito, pela maioria, às minorias).

³⁵ *Is Democracy Possible Here? (Principles for a new political debate)*, Princeton University Press: Princeton, 2006, pp. 22, 133 e *passim*.

³⁶ Por exemplo: se o cidadão acredita em Deus e é contrário ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, deve ser contrário também às ações afirmativas, às garantias processuais dos suspeitos de ligação com o terrorismo etc.

³⁷ Em suas palavras “If we aim to be a partnership democracy, on the other hand, the degraded state of our political argument does count as a serious defect in our democracy because mutual attention and respect are the essence of partnership. We do not treat someone with whom we disagree as a partner – we treat him as an enemy or at best as an obstacle – when we make no effort either to understand the force of his contrary views or to develop our own opinions in a way that makes them responsive to his. The partnership model so described (Dworkin fala aqui do modelo por ele proposto) seems unattainable now because it is difficult to see how Americans on rival sides of the supposed culture wars could come to treat each other with mutual respect and attention.” (*op. Cit.*, p. 133)

Merece referência, a esse respeito, o discurso de KANT em *A paz perpétua*, e o que a respeito dele escreveu NORBERTO BOBBIO em sua *Teoria Geral da Política*. No dizer de BOBBIO, o pressuposto do discurso kantiano é claro:

manter em segredo um propósito, ou mesmo um pacto, ou, se fosse possível, qualquer providência pública, é por si só uma prova de sua ilicitude. Talvez seja o caso de observar que Kant não deduz todas as consequências políticas dessa premissa. A fim de que o princípio da publicidade possa ser não apenas declarado pelo filósofo mas realizado pelo político, de modo que, para usar uma vez mais a expressão de Kant, não se dê razão ao ditado popular: ‘Isto pode ser justo na teoria, mas não vale para a prática’, é preciso que o poder público seja controlável. Mas em que forma de governo esse controle pode se realizar senão naquela em que o povo tem direito de participar ativamente na vida política?³⁸

Deve-se ter muito cuidado, também, com a invocação vazia e genérica do “interesse da coletividade”, ou do “interesse público”, como fundamento para hipertrofiar os poderes do Estado. Para que haja sinceridade e transparência nas deliberações e nas decisões em torno dos valores consagrados em determinada sociedade, esses valores devem ser sopesados diretamente, e não com um ideal e vazio “interesse público”.³⁹

Assim como na Grécia, ao longo de toda a história os tiranos – à cata da necessária legitimidade – “têm sempre um comportamento demagógico: apóiam-se no povo contra os aristocratas ou os oligarcas, mas raramente buscam realizar o bem comum de todos.”⁴⁰ Observa-se, com efeito, mesmo modernamente, que o burocrata tem instinto infalível para a conservação do seu poder, o que o leva “sempre a procurar mais e mais atribuições, como condição de eficiência administrativa, e a tudo recobrir com o manto do segredo, por razões de alegado ‘interesse público’.”⁴¹

38 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política – a filosofia política e as lições dos clássicos*, tradução de Daniela Beccaccia Versiani, São Paulo: Campus, p. 408 e 409.

39 Nesse sentido: MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Interesse público e direitos do contribuinte*. São Paulo: Dialética, 2007, *passim*.

40 COMPARATO, Fábio Konder. *Op. Cit.*, p. 638.

41 COMPARATO, Fábio Konder. *Op. Cit.*, p. 640.

Não se deve aceitar que alguém, em nome do povo, pratique atos fundamentados apenas no que supostamente seria o interesse do povo, sem observância a outros limites, porque “jamais interesse algum estará protegido se a parte interessada não pode decidir por si e defender seu interesse”.⁴² É preciso que o governante se submeta a limites – os Direitos Fundamentais. Do contrário, corre-se sério risco. Primeiro porque não existe *um* interesse do povo, sobretudo em sociedades pluralistas como as pós-modernas. Segundo – escreve SARTORI – porque é muito difícil que alguém que não o próprio povo saiba qual é o seu interesse. E, finalmente, porque ter-se-ia, nesse caso, uma demofilia, e não uma democracia, em face da qual se tem sorte se o déspota for benevolente. Mas – conclui SARTORI –

e se não o for? Por que deixar ao acaso o que pode ter salvaguardas? É claro que se pode dizer que o sol não se levante amanhã. Talvez, mas é extremamente improvável (com referência a amanhã). É possível que um macaco sentado diante de uma máquina de escrever produza um romance; mas a probabilidade é desoladoramente pequena. Da mesma forma, é possível que, num regime de Estado despótico e declaradamente antiliberal, os súditos sejam mimados por um déspota benevolente, inteiramente dedicado ao altruísmo. No entanto, a ligação entre ditadura e filantropia é um ‘possível extremamente improvável’, ao passo que a ligação entre o poder do povo e benefícios para o povo é uma possibilidade intrínseca e extremamente provável.⁴³

3 CONCLUSÕES

Em razão do que foi visto ao longo deste texto, podemos concluir, em síntese, o seguinte:

- a) a democracia grega tinha como principais defeitos o fato de permitir a participação de despreparados na condução dos assuntos de interesse da coletividade; a ausência de limites aos poderes da maioria; a possibilidade de a maioria ser levada ao erro por oradores falaciosos e o seu elevado exclusivismo;

⁴² SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*, v.2, tradução de Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Ática, p. 281.

⁴³ *Op. Cit.*, p. 282/283.

- b) quanto à participação de despreparados, trata-se de defeito que só mesmo a própria democracia, e o seu efetivo exercício pelo povo, pode corrigir. Todos os regimes alternativos, nesse ponto, são piores, pois a questão, se trata de escolher um “iluminado” para governar, em saber quem será esse iluminado, quem o limitará e quem terá poderes para o escolher;
- c) quanto à possibilidade de a maioria chegar a conclusões açodadas, das quais depois se arrepende, e que podem ser arbitrárias, a solução, encontrada modernamente, está no estabelecimento de constituições rígidas, nas quais se prestigiem direitos inerentes à preservação da dignidade da pessoa humana (direitos fundamentais);
- d) tais lições são importantes para que se saiba, hoje, à luz da história, o que pode ocorrer quando se abre mão da supremacia constitucional, e dos direitos fundamentais, em face do que seria a “vontade de maioria”, ou, o que é ainda pior, do que seria supostamente do “interesse público”, conceito altamente indeterminado em torno do qual os déspotas de vários lugares e tempos ocultaram suas mais inconfessáveis pretensões.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política** – a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5.ed., tradução de Antonio José Brandão, Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1979.

DESWARTE, Marie-Pauline. “L’intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, em **Revue Française de Droit Constitutionnel et de la Science Politique em France et a l’étranger**, nº 13. Paris: Presses Universitaires de France – PUF. 1993.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** (Principles for a new political debate), Princeton University Press: Princeton, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, tradução de Cláudia Berlinger, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HELD, David. **Modelos de democracia**, tradução de Alexandre Sobreira Martins, Belo Horizonte: Paidéia.

LLOSA, Mario Vargas. **A verdade das mentiras**, tradução de Cordélia Magalhães, São Paulo: Arx, 2004.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, tradução de Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Interesse público e direitos do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade e igualdade ~ Os três caminhos**, Campinas: Bookseller, 2001.

_____. **Comentários à constituição de 1967**, v.1, São Paulo: RT, 1967.

ROUSSEAU, J. J., **Discurso sobre a origem da desigualdade**, em <<http://www.culturabrasil.org/dadesigualdaderousseau.htm>>

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da democracia revisitada** – vs. 1 e 2 – O debate contemporâneo, tradução de Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Ática.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito ~ definições e fins do direito**. Os meios do direito, tradução de Márcia Valéria Martinez Aguiar, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SORTE NA DEMOCRACIA: O SORTEIO COMO RAZÃO DE DECIDIR NA LEGISLAÇÃO ELEITORAL

PEDRO HENRIQUE DE HOLANDA PUCCI¹

Resumo: Esse artigo analisa o sorteio como razão de decidir na legislação eleitoral. O método aplicado à pesquisa é bibliográfico. Os objetivos do trabalho são: 1. Analisar a introdução do sorteio como razão de decidir na legislação eleitoral; e 2. Analisar a aceitabilidade racional do sorteio como instância de legitimidade da decisão jurídica. Conclui-se ao final da pesquisa que a sorte introduzida na democracia grega perdeu, na modernidade, o seu fim clássico de igualdade a ponto de se tornar apenas um obstáculo para a escolha livre dos cidadãos no processo eleitoral, porque, como a sorte é cega às diferenças de uma sociedade tão díspar como a pós-moderna, a realização do valor justiça, sinônimo de igualdade para os gregos, não se realiza atualmente no Estado democrático de direito.

Palavras-chave: Sorteio – Decisão jurídica – Legislação eleitoral.

Abstract: This article analyzes the luck as reason to decide in the electoral legislation. The method applied to the research is bibliographical. The objectives of the work are: 1. Analyze the introduction of the luck as reason to decide in the electoral legislation; e 2. Analyze the rational acceptability of the luck as instance of legitimacy of the legal decision. Concluded the end of the research that the luck introduced in the democracy greek lost, in modernity, your classic end of equality until become only one obstacle for the free choice of the citizens in the electoral process, because, as the luck is blind to the differences of a society so diferente as the post-modern, the accomplishment of the value justice, synonymous of equality for the greeks, it is not become fullfilled currently in the democratic State of right.

Key words: Luck – Law decision – Electoral law.

¹ Mestrando em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – Unifor e Bacharel em Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC, Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC e Conselho Nacional de Pesquisa em Direito – Conpedi.

1 INTRODUÇÃO

O entendimento de que o sorteio é o método mais democrático de decisão está perfeitamente correto se regredirmos até o V a.C no mundo grego de Atenas. Essa afirmativa pode ser facilmente comprovada na obra dos mais importantes pensadores que trataram do assunto, a exemplo de Montesquieu e Rousseau.

Essa idéia do sorteio como meio de decisão atualmente sofreu sérios abalos, principalmente, diante das exigências do direito moderno, que afastou da decisão jurídica qualquer elemento que reputa a sorte, aos deuses ou ao destino a responsabilidade das decisões dos homens.

Dessa forma, esse estudo, se propõe a analisar se o método de sorteio é realmente algo legítimo na escolha jurídica, já que, como o Direito moderno se cristalizou como ciência autônoma contrária aos misticismos, como enquadrar a sorte nos atuais sistemas de direito da sociedade pós-industrial.

A escolha da delimitação da matéria eleitoral para iniciar esse debate se dá, em razão desse contexto, ser o mais próximo de aplicação do “sorteio”, principalmente pelo próprio conteúdo da expressão delimitada pelos gregos da Élade.

Pretende assim o presente artigo, analisar alguns aspectos do sorteio na legislação eleitoral brasileira, tendo esse estudo o escopo de analisá-la, a fim de cumprir tal objetivo, no segundo tópico, delimitou-se o conceito de sorte de acordo com o seu significado original na democracia ateniense do século V a.C., com um breve repasse de outras influências modernas, que introduziram essa instituição na legislação eleitoral brasileira.

No terceiro tópico, demonstrou-se que a sorte não se enquadra nos ditames do direito moderno, já que carrega um forte valor semântico ligado aos misticismos dos vários séculos passados, bem como não respeita o conceito moderno de igualdade que trata os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Seguindo, no ponto quatro, foi demonstrada que a sorte, como está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, apresenta-se como um recurso ideológico para manter o processo político-eleitoral a favor apenas de alguns poucos.

Para obter o resultado esperado, utilizou-se na pesquisa principalmente o método dedutivo. Como técnica de pesquisa mais utilizada, pode-se fixar a bibliográfica, mas também foi objeto de uso a documental, com consulta a leis, amostras estatísticas, bem como matéria divulgada na Internet.

Finalmente, passaremos ao estudo dos aspectos jurídicos que envolvem o estudo da sorte na democracia eleitoral, enfocando solução jurídica mais adequada para a construção de uma legislação eleitoral verdadeiramente, fundada no voto livre, assegurando, de fato, a existência digna para todos.

2 A ORIGEM DA SORTE COMO RAZÃO DE DECIDIR

A democracia grega no século V a.C. era bastante diferente da imagem criada pela sociedade pós-moderna. O acesso à política grega não se resumia a eleições diretas de servidores do Estado e de participação na Ágora no momento das decisões importantes. A principal definição da democracia ateniense nesse período foi a criação do método do sorteio.

Os cargos públicos era sorteados entre os cidadãos, ricos ou pobres, para que o acesso ao poder se realizasse da forma mais democrática possível. O sorteio rompia a *oligoï* (riqueza de poucos) e a *arete* (excelência) que dá o título governar aos *aristoï* (os melhores) deixando ao *demos* (povo) o governo, uma vez que seu poder se exerce sem nenhuma propriedade pré-determinada.

Para os gregos, a eleição cria distinções. Se escolho, pelo voto, quem vai ocupar um cargo permanente ou exercer um encargo temporário, minha escolha se pauta pela qualidade. Procuo eleger quem acho melhor. Mas o lugar do melhor é na aristocracia! A democracia é um regime de iguais. Portanto, todos podem exercer qualquer função. E para a tarefa realmente relevante, o generalato, não se usava o sorteio, mas a eleição, que procurava selecionar o melhor. Segundo Rancière, em última análise, a política é o poder daqueles que sem razão natural para governar, governam aqueles sem razão para obedecer.

A sorte recebeu durante a história várias ressignificações, muitas das quais ligadas às artes místicas, como a necromancia e as ciências ocultas, ambas repletas de mistério e simbolismo.

A própria legislação portuguesa que, segundo Paulo Bonavides (2004), fez brotar no Brasil instituições com considerável desfalque de legitimidade, transferiu uma cultura de escolhas determinadas pela sorte na legislação eleitoral.

A regra do sorteio se disseminou na ordem da vida, a ponto de ser habitual o sorteio, por exemplo, em concursos públicos de docentes, em correições administrativas no Poder Judiciário etc.

Face a este quadro, cabe a ponderação: será que a sorte representaria um meio legítimo para a escolha jurídica democrática?

3 A SORTE NO DIREITO MODERNO

A sorte é atualmente o referencial válido, sem nenhum questionamento, de legitimidade para os conhecedores vulgares, o que é absolutamente diferente no campo da ciência, já que esta não aceita postulados impostos pela tradição como símbolo de justiça e equidade. As fórmulas jurídicas do Direito moderno hoje somente são consideradas válidas e eficazes se passarem pelo crivo da ciência.

As escolhas de Estado receberam, depois da instituição dos Estados modernos, forte influência da doutrina científica, que abandonou velhas fórmulas do passado, dogmáticas, para se adequar ao novo processo de desenvolvimento da humanidade.

As exigências do direito moderno, ou melhor, do direito científico que abandonaram a fé na sorte e na misericórdia divina, impõe atualmente aos operadores do direito a satisfação de duas condições precípuas no momento de se tomar decisões jurídicas: a) a aceitabilidade racional da teoria da decisão e b) a decisão consistente.

Dessa forma, o espaço de decisão hoje exige a substituição das decisões de sorte por decisões racionais que evitem distorções. A antiga assertiva de que “eleger é escolher pela qualidade, e portanto constitui um método aristocrático. Sortear abre a função para qualquer um, e valoriza pois a igualdade”² não é mais verdadeira, afinal, como indagou Bobbio (2000) “igualdade entre quem? e igualdade com relação a que coisas?”³.

² RIBEIRO, Renato Janine. Perspectivas para o Brasil. *Cadernos de Nosso Tempo*. [S.v.], n. 6, [S.p.], [S.m], 2002.

³ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política, a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2000, p. 298-299.

O sorteio mostra-se assim como elemento atrasado de decisão, que não está atento à desigualdade material dos sujeitos de direito, percepção não havida pelos gregos no século V a.C., quando inventaram o sistema do sorteio, já que, para os democratas atenienses:

a harmonia e regularidade do universo, concebida como kosmos (totalidade ordenada), se traduz na esfera humana em uma correlação de condutas, e a justiça (dikê) se caracteriza como uma relação de igualdade entre dois termos, como, por exemplo, uma injúria e sua reparação. Havendo um desequilíbrio no kosmos, é tarefa da justiça reintroduzi-lo. Esta idéia perpassa todo o pensamento grego, até sua mais completa e última formulação com Aristóteles, na “Ética a Nicômaco”, que identifica a justiça como uma “virtude completa” e social, um meio termo entre o muito e o pouco.⁴

4 A SORTE COMO IDEOLOGIA DE DECISÃO NA LEGISLAÇÃO ELEITORAL

A escolha do método de decisão, como se viu, é muito importante, porque a sua própria definição já determina as respostas possíveis de acordo com o meio utilizado. Segundo Bagolini (1982), qualquer perspectiva ideológica, como quer que seja entendida, implica sempre, explicitamente ou de modo latente, interesses e finalidades práticas. Isso acontece, quer se pretenda esconder e mascarar tais interesses, quer, pelo contrário, eles sejam explicitamente propostos através da pesquisa, organização e da sistematização dos meios capazes de realizá-los.

A legislação eleitoral brasileira, na Lei nº 9.504-1997, apresenta duas situações jurídicas relevantes em que a escolha realizada pela sorte pode ser avaliada como método de decisão democrática.

O primeiro caso é o art. 50 em que se determina o sorteio para a escolha da ordem de veiculação da propaganda de cada partido ou coligação.

Art. 50. A Justiça Eleitoral efetuará sorteio para a escolha da ordem de veiculação da propaganda de cada partido ou coligação no primeiro dia do horário eleitoral gratuito; a cada dia que se seguir, a propaganda veiculada por último, na véspera, será a primeira, apresentando-se as demais na ordem do sorteio.

⁴ TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 211, p. 241-269, jan./mar. 1998. p. 244.

Seria oportuno questionar desde já por que a escolha é determinada apenas pela sorte? Será que não seria mais igualitário contra-balancear a ordem de exibição dos programas de propaganda eleitoral na tevê e rádio com o tempo de exibição do mesmo para cada candidato, ao invés de reputar à sorte a responsabilidade de favorecer o candidato que já dispõe de maior tempo, ao exibir seu programa em horário contíguo ao início e ao término da programação normal da tevê e rádio ou no horário mais nobre ou com maior audiência.

Esse problema atualmente mostra-se de grande relevância na disputa eleitoral. A análise dos programas eleitorais, nos últimos três pleitos presidenciais, denuncia que o atual formato da propaganda da grande mídia não propicia mudanças no resultado das eleições. Analise-se os últimos três pleitos presidenciais para verificar o fato em números.

Em agosto de 1994, segundo o Ibope (17 a 22), FHC tinha 40% de intenções de voto para presidente. Lula tinha 25%. Pelo Datafolha (16 a 18), FHC tinha 41% e Lula 24%. Ao final de setembro e início de outubro, o Ibope registrava que FHC estava com 46% e Lula com 22%. O Datafolha mostrava FHC com 48% e Lula com 22%. Brizola, Quéricia e Amin também variaram muito pouco. Tinham em agosto 5%, 5% e 2%, respectivamente, segundo o Datafolha. Chegaram em setembro com 4%, 5% e 2%, respectivamente. Ou seja, a propaganda eleitoral acabou favorecendo quem estava na frente.

Em agosto de 1998, pesquisa do Ibope (14 a 18) trazia FHC com 44% das intenções de voto, contra 21% de Lula. No Datafolha (12 a 14), FHC tinha 42% e Lula 26%. No final de setembro, FHC atingiu 47% e Lula, 24%, segundo o Ibope (24 a 27). O Datafolha de 2 de outubro fotografou FHC com 49% e Lula com 26. Ciro, segundo o Ibope, começou com 5% em agosto e terminou com 9% em setembro.

Em 2002, houve uma mudança radical. Mas entre o segundo e terceiro colocados. Lula, que segundo o Ibope (17 a 19 de agosto) tinha 35%, terminou com 43% (28 a 30 de setembro). Ciro Gomes tinha 26% e terminou com 11% e Serra, de 11% originais subiu para 19%.

Dessa forma, como se vê, a propaganda da forma como está regulamentada em lei, não favoreceu a mudança de tendência das três últimas campanhas eleitorais de presidente da República, apesar de ter

provocado mudanças nos percentuais de intenção de voto, o que revela que se houvesse uma maior racionalidade nos critérios de exibição dos programas, a grande mídia poderia se tornar o palanque decisivo das campanhas eleitorais.

Essa assertiva não é apenas obra de bom senso, já que, de acordo com o princípio democrático, a propaganda eleitoral deve atingir o maior número de pessoas, e se a propaganda de um candidato é muito curta em relação às demais, a ponto de se resumir a segundos em alguns casos, deveria a mesma ser exibida no início ou no final da programação, em ordem privilegiada, para ser facilmente assistida, sob pena de se perder entre os programas dos outros candidatos.

O segundo caso é o do art. 46 da mesma Lei nº 9.540/1997, em que se estabelece a escolha do dia e a ordem da fala nos debates eleitorais exibidos nas emissoras de rádio ou tevê, será por sorteio.

Art 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão, por emissora de rádio ou televisão, de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, sendo assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação na Câmara dos Deputados, e facultada a dos demais, observado o seguinte: [...]

III - os debates deverão ser parte de programação previamente estabelecida e divulgada pela emissora, fazendo-se mediante sorteio a escolha do dia e da ordem de fala de cada candidato, salvo se celebrado acordo em outro sentido entre os partidos e coligações interessados.

Neste caso, observa-se um progresso em relação ao art. 50, tendo em vista que há a possibilidade de entendimento racional baseado no diálogo, infelizmente, só favorável em relação ao dia de exibição do debate, já que quanto à ordem da fala, dificilmente, concordarão os candidatos em relação a quem se apresenta primeiro.

A sorte nos artigos de lei anteriores apresentou-se, como se viu, aparentemente como um método adequado de escolha, quando não existe espaço de decisão, conforme o entendimento entre os candidatos adversários, contudo esse sistema apenas alimenta o mau processo eleitoral.

A sorte não é um elemento completamente acima das ideologias, ao contrário, comumente é utilizada como o próprio instrumento de camuflagem de decisões de ideologias totais, isto é, apresentam-se aparentemente isentas de interesses de uma determinada classe, quando, na realidade, trazem consigo elementos simbólicos que colocam como única solução possível. Segundo Bagolini (1981), essas ideologias totais são sistemas de interpretação do mundo, que refutam todos os outros, atribuindo-se a qualidade de verdade, não permitindo nenhuma ponte intelectual ou entendimento com outras ideologias.

Como se percebe, atualmente a Lei nº 9.504-1997 transformou-se em um grande obstáculo para o processo eleitoral justo, já que sua expressão coaduna-se perfeitamente com o modelo de ideologia autoritária. Nesse sentido:

Pior inimigo não tem o Estado que o déspota sob o qual, desde logo, não vigoram as leis, mas que governa, tendo nas mãos a própria lei⁵

Dessa forma, a lei da “sorte”, no Brasil, tornou-se uma espécie de consciência blindada pela ideologia, que cria sua própria certeza absoluta sobre o método de decisão de acontecimentos importantes do processo político eleitoral. Relembre-se as palavras de Otanes, quando dissertou sobre os vícios da democracia grega, que lhe pareciam insanáveis.

O governo do povo, ao contrário, traz primeiro consigo o mais belo de todos os nomes: igualdade perante a lei, e em segundo lugar, nenhuma das injustiças cometidas por um governo único é cometida nele. Todas as funções são atribuídas através de sorteio e seus detentores são responsáveis pelos atos praticados no exercício das mesmas, e todas as decisões são submetidas à assembléia popular.⁶

⁵ A, VV 429-432.

⁶ A.L. III § 80.

5 Conclusões

Conclui-se ao término deste trabalho:

- a) A democracia grega no século V a.C. era bastante diferente da imagem criada pela sociedade pós-moderna. O acesso à política grega não se resumia a eleições diretas de servidores do Estado e de participação na ágora no momento das decisões importantes. A principal definição da democracia ateniense nesse período foi a criação do método do sorteio.
- b) A escolha do método de decisão, como se viu, é muito importante, porque a sua própria definição já determina as respostas possíveis de acordo com o meio utilizado.
- c) As exigências do direito moderno, ou melhor, do direito científico que abandonaram a fé na sorte e na misericórdia divina, impõe atualmente aos operadores do direito a satisfação de duas condições precípua no momento de se tomar decisões jurídicas: a) a aceitabilidade racional da teoria da decisão e b) a decisão consistente.
- d) A legislação eleitoral brasileira, na Lei nº 9.504-1997, apresenta duas situações jurídicas relevantes em que a escolha realizada pela sorte pode ser avaliada como método de decisão democrática.
- e) O primeiro caso é o art. 50 em que se determina o sorteio para a escolha da ordem de veiculação da propaganda de cada partido ou coligação.
- f) O segundo caso é o do art. 46 da mesma Lei nº 9.540/1997, em que se estabelece a escolha do dia e a ordem da fala nos debates eleitorais exibidos nas emissoras de rádio ou tevê, será por sorteio.
- g) A sorte não é um elemento completamente acima das ideologias, ao contrário, comumente é utilizada como o próprio instrumento de camuflagem de decisões de ideologias totais.
- h) A lei da “sorte”, no Brasil, tornou-se uma espécie de consciência blindada pela ideologia, que cria sua própria certeza absoluta sobre o método de decisão de acontecimentos importantes do processo político eleitoral.

REFERÊNCIAS

BAGOLINI, Luigi. **O trabalho na democracia: filosofia do trabalho.** Tradução de João da Silva Passos. 2.ed, São Paulo: Ltr, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política, a filosofia política e as lições dos clássicos.** Organizado por Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2000, p. 298-299.

BRASIL. **Lei n 9.504-1997, de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 10 mar 2008.

DATAFOLHA Instituto de Pesquisa. Disponível em: <http://datafolha.uol.com.br>. Acesso em: 10 mar 2008.

IBOPE. Especialista em pesquisa de mercado, mídia e opinião. Disponível em: <http://www.ibope.com.br>. Acesso em: 10 mar 2008.

RIBEIRO, Renato Janine. Perspectivas para o Brasil. **Cadernos de Nosso Tempo.** [S.v.], n. 6, [S.p.], [S.m], 2002.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, n. 211, p. 241-269, jan./mar. 1998. p. 244.

DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO ATUANTE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

KATHARINE SANTOS VIEIRA¹

Resumo: A partir do estudo da melhor literatura procura-se fazer uma reflexão sobre a intervenção do Estado na Economia, fundamentado na evolução das doutrinas do pensamento econômico, que serão sintetizadas numa descrição teórica. Verificar-se-á que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é uma Constituição Econômica, inspirada nos moldes da Constituição alemã de Weimar de 1919 e naquelas que a sucederam, principalmente após a Segunda Guerra Mundial e do advento da teoria econômica de John Maynard Keynes, o intervencionismo econômico, demonstrando ser o Estado brasileiro social-democrático de Direito.

Palavras-chave: Capitalismo; Intervencionismo Econômico; Constituição.

Abstract: From the study of best literature it is desired to elaborate a reflection on the intervention of the State in the Economy, based on the evolution of the doctrines of the economic thought, that will be synthesized in a theoretical description. It will be also verified that the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 is a Economic Constitution, inspired in the molds of the German Constitution of Weimar of 1919 and in those that came after it, mainly after World War II and of the advent of the economic theory of John Maynard Keynes, the economic interventionism, demonstrating to be the Brazilian State one social democratic state of Right.

Key words: Capitalism; Economic interventionism; Constitution.

¹ Mestra em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Ex-professora substituta de Teoria Econômica e Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará (UECE), atualmente é Professora de A Ordem Jurídica e Relações Econômicas da Faculdade Farias Brito, advogada e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará UFC)

1 INTRODUÇÃO

Objetiva-se fazer uma reflexão acerca da evolução dos modos de produção, fundamentados nas teorias econômicas. Particularizar-se-á o capitalismo, pois é o modo de produção vigente, sua evolução até a contemporaneidade, e seu contexto em relação à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A metodologia utilizada foi uma síntese teórica do tema, fundamentada num material bibliográfico constituído por obras de autores que tratam do assunto e pesquisa jurisprudencial na internet.

Para um melhor entendimento, inicialmente, abordar-se-á a evolução dos modos de produção e das principais doutrinas econômicas, para, finalmente, inserir a Constituição brasileira de 1988 e classificar a modalidade estatal que esta representa, consoante esse ordenamento constitucional vigente.

2 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DOS MODOS DE PRODUÇÃO: MODO DE PRODUÇÃO PRIMITIVO OU COMUNAL; MODO DE PRODUÇÃO ESCRAVISTA; MODO DE PRODUÇÃO FEUDAL; MODO DE PRODUÇÃO CAPITALISTA E MODO DE PRODUÇÃO SOCIALISTA

Ao longo da história da humanidade, verifica-se que o maior desafio é a superação dos problemas de origem sócio-econômica. Há essa problemática devido à existência de imprescindíveis necessidades humanas, de ordem material, que precisam ser satisfeitas, para que a sociedade não se extinga. Exemplificam-se estas necessidades como sendo: alimentação, habitação e o vestuário; que sempre existiram, desde os primórdios da existência humana.

Para conseguir satisfazê-las, impescinde-se dos fatores de produção, que são: a mão-de-obra, ação humana; o capital, qualquer investimento e os insumos, a matéria-prima. As diferentes formas de articulação dos fatores de produção denominam-se Modo de Produção ou Sistema Econômico. Assim confirma Vital Moreira: "O que faz de um conjunto um sistema é sua estrutura, isto é, o modo de articulação e combinação entre os elementos do sistema"²

2 MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. 4ª ed. Lisboa: Caminho, 1987. p. 26.

Modo de Produção, também denominado de Sistema Econômico, é a atuação do trabalho humano sobre os instrumentos e técnicas de trabalho com a finalidade de suprir a sociedade de bens econômicos necessários à sobrevivência. Premissa atestada por Hunt & Sherman: “Os sistemas econômicos organizam o esforço humano para transformar os recursos dados pela natureza em artigos úteis, em bens econômicos.”³

As modificações operadas na articulação dos fatores de produção, ou seja, nos Modos de Produção, é que irão justificar a superação de uma determinada formação social por outra, mais evoluída. Diante do exposto, conclui-se que os Modos de Produção são a maneira sobre o qual a sociedade se estrutura, ou seja, seu determinante institucional.

Nos primórdios da humanidade, o modo de produção era o primitivo ou comunal. Nessa fase, os indivíduos viviam em comunidade. A propriedade privada era praticamente inexistente, sem prejuízo da propriedade particular. Os bens econômicos eram partilhados. Os materiais, os insumos e os resultados também eram partilhados no exercício da agricultura e da pecuária, que formavam ramos autônomos da atividade econômica de trabalho. Durante esse período havia um certo equilíbrio entre os bens fornecidos pela natureza e a quantidade de habitantes. No entanto, a natureza não conseguiu acompanhar esse ritmo e crescimento populacional e os homens passaram a acumular esses bens produzidos pela natureza e a trocá-los. Por conseguinte, outras pessoas ficavam sem produtos. Surgiu, então, o embrião do comércio, o escambo, que é a troca de um bem por outro.

Por outro lado, o aprimoramento dos instrumentos de trabalho e o escambo, abalaram o modo de produção comunal dando origem à propriedade privada. Depois que o modo de produção comunal foi abalado, surgiu o Escravismo, que era exploração do trabalho humano. Nesse sistema econômico, não apenas a terra, mas o próprio homem passou a ser propriedade privada de outro homem. O trabalho escravo era a base econômica da existência da sociedade antiga. Esta era dividida em duas classes antagônicas: os escravos e os senhores de escravos. Estes eram os donos dos meios de produção, incluindo os próprios

³ HUNT & SHERMAN, E.K. & Howard J. *História do Pensamento Econômico*. 20ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 21.

escravos, sub-homens incapazes de administrarem sua própria vida e que careciam de comando. Estes eram vistos como *coisas*, instrumentos de trabalho e não participavam de nenhuma forma dos meios de produção.

Os escravos laboravam principalmente na agricultura. Não obstante, nessa época, também existisse o comércio e a moeda. Estes também realizaram várias obras públicas de grande porte. O Modo de Produção Escravista proporcionou o desenvolvimento das artes, filosofia, cultura e ciência. No entanto, esse sistema econômico apresentava limitações e estas foram responsáveis pela estagnação na economia e seu conseqüente declínio. O trabalho escravo atrasou o desenvolvimento econômico, pois os escravos consideravam uma tortura a atividade laboral e, logicamente, nada faziam para a tornarem mais eficiente. De acordo com Hunt & Sherman:

Uma das limitações consistia na impossibilidade de se usar escravos para acionar instrumentos de trabalho complexos ou delicados. Quando não destruíam, utilizavam-nos como armas em suas freqüentes revoltas. Além disso, a organização da agricultura tinha que ser simples. Fazia-se apenas uma colheita e cultivava-se o solo com instrumentos rudes. Em conseqüência dessas limitações, grandes extensões de terra foram totalmente arruinadas e o produto agrícola, drasticamente reduzido.⁴

Com o fim do Império Romano, surgiu o Feudalismo. Neste modo de produção, o comércio, assim como a moeda, praticamente desapareceu. A terra passou a ser o principal fator de produção. Toda riqueza era tirada da terra. Nasceram os feudos, que eram grandes latifúndios. Os senhores feudais, os latifundiários eram os proprietários da terra e os camponeses, eram os servos, dependentes pessoalmente, presos à terra. Os servos tinham o direito de trabalhar na terra do senhor, e este lhes dava proteção, embora não possuíssem terras. Esses laços de dependência aproximavam os camponeses da situação análoga a dos escravos.

Com embasamento na idéia central do feudalismo, os latifundiários se apropriavam da maior parte dos resultados do trabalho dos servos. Estes eram *escravos* vinculados à terra. Não eram mais considerados

4 HUNT & SHERMAN, E.K. & Howard J. op. cit. p .11

coisas, mas não conseguiriam sobreviver fora da terra, numa total relação com o senhor feudal. Tinham direito a uma parte da produção; todavia, o principal era do senhor feudal. No feudalismo não havia liberdade de comércio porque o poder estatal era pulverizado, ou seja, descentralizado. Por outro lado, é no ambiente feudal que começaram a aparecer as primeiras manifestações do que seria o capitalismo, inicialmente mercantil. E os comerciantes burgueses passaram a exigir uma centralização do poder porque os senhores feudais restringiam essas práticas, restrições sobre a circulação de mercadorias e pessoas.

A Igreja condenava o lucro e a usura. Os nobres, os senhores feudais, proprietários dos grandes latifúndios não podiam exercer as práticas comerciais, principalmente, com os produtos vindos do Oriente, devido a essa proibição religiosa. Logo, realizam contratos com os burgueses, aqueles que viviam nos *burgos*, fora das cidades. Os nobres, que retiravam suas riquezas da terra, não documentavam nada sobre a negociação, por estarem temerosos quanto à Igreja. Sem a formalização dos negócios, muitas vezes, os burgueses ficavam com a maior parte e, por conseguinte, fortaleceram-se. Uniram-se, então, ao rei para a centralização estatal, pois facilitaria seus atos de comércio. O rei tornou-se absoluto, foi a época da formação dos primeiros Estados nacionais, sendo Portugal o primeiro.

Da necessidade de acumulação de capital, que vem aumentando, os modos de produção evoluem até o capitalismo. Este domina a história econômica, social, política e ideológica dos últimos séculos, especialmente dos três últimos, apesar do surgimento de economias socialistas. Esse sistema econômico não se restringe apenas à economia, reflete-se no jurídico e na política. As relações jurídicas se modificam de acordo com a forma que o capitalismo toma e, por isso a ordem jurídica não permanece inalterada.

O capitalismo é conceituado como uma economia de mercado. A terra, então, deixa de ser o principal fator de produção. O trabalhador não tem mais uma parte da produção, como ocorria no feudalismo. Segundo Marx, no capitalismo o trabalhador passa a vender sua força de trabalho e através deste, acresce a matéria bruta de valor⁵. Fernando

5 MARX, Karl. *O Capital*. Tradução de: ANDRADE, Joaquim Pinto de. & BARRADAS, Ana Maria. & AZANCOT, Vera. & CERQUEIRA, Armando. *Edição Popular*. Lousa: Tipografia Lousanense. 1ª ed, 1979. P. 10.

Pedrão também adota essa idéia: “...em última análise qualificam mais o capitalismo como o sistema o assalariamento que ele realiza.”⁶ Essa valorização, o capitalista se apodera, é o que se chama de *mais valia*. Duas classes antagônicas surgem, os proprietários, os capitalistas e os não-proprietários dos meios de produção, os trabalhadores. Então, o capitalismo é o modo de produção, cujo fundamento é a separação entre os trabalhadores e os donos dos meios de produção. Vital Moreira confirma esta definição: “ capitalismo é um modo de produção, cujo fundamento é a separação entre os produtores (trabalhadores) e as condições objectivas do trabalho (instrumentos de produção, fatores de produção.”⁷

Diante destes conceitos, Vital Moreira apresenta as características do capitalismo:

o produto social é de apropriação privada , dando lugar a rendimentos sem trabalho (rendimentos do capital: juros, lucros, rendas); a direcção do processo produtivo pertence principalmente aos donos dos donos dos meios de produção e é orientado em função do lucro, isto é, do aumento e da acumulação do capital; é uma economia de mercado, isto é, a produção de cada produtor privado é trocada por dinheiro (mercantilmente), e só por essa mediação (como mercadorias) atinge o consumidor.⁸

Sintetiza-se o pensamento de Vital Moreira: apropriação privada do resultado, rendimentos sem trabalho, direcção do processo produtivo pertence aos donos dos meios de produção e a orientação em função do lucro.

O modo de produção socialista surgiu com as idéias do Socialismo Científico de Karl Marx e Friedrich Engels. Traduziu-se na economia planificada. Baseado na autoridade estatal, que centralizava e unificava a economia. Estatização e controle dos fatores de produção e recursos econômicos. O direito de propriedade era limitado e mitigado pela Ditadura

6 PEDRÃO, Fernando. *Raízes do Capitalismo Contemporâneo*. São Paulo, SP/Salvador, Ba: Hucitec/ Editora da Universidade Federal da Bahia, 1996. P. 89

7 MOREIRA, Vital. op. cit. p.30.

8 Id. Ibidem p. 31.

do Proletariado e, podendo ser, completamente suprimido, embora houvesse a propriedade particular. Foi o sistema que existiu na União Soviética, na China e na maioria dos países do Leste Europeu e, ainda hoje, em Cuba.

3 A TESE: O MODO DE PRODUÇÃO CAPITALISTA: MODO DE PRODUÇÃO CAPITALISTA MERCANTIL; MODO DE PRODUÇÃO CAPITALISTA LIBERAL OU CLÁSSICO

O capitalismo mercantil foi a primeira fase do capitalismo. Caracterizou-se pela Revolução comercial com a ascensão dos comerciantes. Foi desenvolvida a teoria do mercantilismo. Neste, os metais preciosos foram a base econômica, sendo a munição para os desejos das grandes metrópoles européias. A primeira fase denominou-se de bulionismo, que significava que mais rica seria uma nação se possuísse grandes estoques de ouro e prata. Então, eram o mais perfeito instrumento de aquisição de riqueza, devido a idéia de durabilidade. Na segunda fase, prevaleceu a balança comercial. Esta deveria ser sempre favorável. O Estado, então, desestimulava as importações. Vender aos países estrangeiros mais do que deles comprar, mantendo uma balança comercial favorável, exportando mercadorias de valor e importando apenas o que fosse necessário, recebendo o saldo na forma de ouro. Este, principalmente, e outros metais preciosos foram, inicialmente, a grande motivação para exploração das colônias, iniciando-se o colonialismo. Com o pensamento dominante sobre a balança comercial favorável, as colônias passaram a serem obrigadas a comprar somente da metrópole os produtos manufaturados.

Favoreceu, portanto ao absolutismo, verificando-se a participação intensa do Estado na economia, ao desestimular as importações, ao impedir a saída de metais preciosos, ao estimular a navegação, ao estabelecer tarifas protetoras: proteção contra a competição estrangeira através da alta carga tributária sobre produtos importados. Em certos casos, os governos proibiam a importação de determinados artigos.

Foi na França, contudo, um país agrícola antes da Revolução Francesa, com resquícios de Feudalismo, que as idéias fisiocráticas floresceram. Foi, logo, a própria estagnação desse país, sua simplicidade agrícola, que a tornou ideal para os primeiros analistas econômicos sistemáticos: os

fisiocratas. O Fisiocratismo foi a primeira escola de oposição ao Mercantilismo e, por conseguinte, a primeira expressão do Liberalismo. Seu principal teórico foi François Quesnay. Este e seus seguidores defendiam que a verdadeira riqueza era aquela retirada da natureza, numa total vinculação à terra. Os recursos fundiários eram considerados como a base não só física, mas doutrinária. Argumentavam ser a terra a única fonte de riqueza, e o trabalho na terra o único produtivo, pois somente a agricultura e pecuária fornecem insumos essenciais à manufatura e ao comércio. Essas eram consideradas estéreis. A terra deveria ser inviolável. Ordem natural e ordem providencial como dogmas inafastáveis, por isso defendiam a liberdade econômica e individual, pois a intervenção estatal contrariava o direito natural. Este predeterminado pela Providência Divina, governava o esquema social e econômico. A proteção da vida, da liberdade e da propriedade deveria estar em conformidade com o direito natural, incluindo a de comprar e de vender. Caso fosse permitido ao comércio prosseguir livremente esse caminho, o direito natural seguiria seu curso. Os acontecimentos fluiriam à sua própria maneira e desenvolver-se-iam melhor. Anteciparam, então, Adam Smith na defesa da liberdade.

A burguesia, agora mais forte do que nunca, aspirava liberdade. Desfez, então, os laços de submissão passiva ao monarca absoluto, dando origem ao constitucionalismo. Este irá substituir o absolutismo. No Estado constitucional o poder é das leis. A primeira modalidade de Estado constitucional foi o Estado liberal.

O Estado liberal impregnava suas constituições de valores individualistas. O Estado liberal clássico gravitou sobre a lei, o código, a segurança jurídica, a autonomia da vontade, a organização jurídica dos ramos da soberania, a separação dos poderes, a harmonia e o equilíbrio funcional do Legislativo, Executivo e Judiciário, a distribuição de competências, a fixação de limites à autoridade do governante. Era o estado de polícia, cuja função era manter a ordem e as coisas como estão, situação favorável à burguesia, proibindo a formação de sindicatos e de greves. Aliás, era sua principal função repelir as revoltas da classe trabalhadora. Houve uma importância maior das funções do Poder Legislativo, pois era o Estado do império das leis, o Estado liberal legalista. Conseqüentemente, houve um atrofiamento do Poder Executivo, que não poderia interferir na economia.

A finalidade do Estado liberal era dar estímulo e apoio ao exercício da livre iniciativa. Àquele tempo surgiu a primeira dimensão dos direitos das liberdades, com as primeiras constituições, as Constituições Garantidas. Foram elaboradas para garantir os direitos e prerrogativas do cidadão frente ao Estado. Este se via impedido de qualquer ato que pudesse ser interpretado como invasor à esfera privada, protegida pela barreira de seus direitos e garantias individuais. Foram Cartas omissas quanto à vida econômica e social, preocupando-se apenas com a organização política da sociedade e os direitos civis do cidadão. Adotaram o liberalismo. Neste, o Estado era “democrático” de Direito.

Adam Smith, David Ricardo e Jean Baptiste Say foram os economistas, do final do século XVIII, que teorizaram sobre economia. Prendiam-se à idéia de riqueza e à concepção de equilíbrio, portanto a uma visão mais estática da economia, ou seja, de estabilidade e crescimento ligados a problemas práticos e imediatos, ou seja, ao nível microeconômico, e sem maiores preocupações metafísicas. Foram os clássicos fundadores da Ciência Econômica e, também, da Economia Política. Absorveram a ideologia do sistema capitalista, realizando uma espécie de síntese das concepções capitalistas burguesas e seus postulados científicos.

Adam Smith foi considerado seu pensador mais importante e, também, o Pai da Economia. Sua obra de destaque: *Uma Investigação a Respeito da Natureza e das Causas das Riquezas das Nações*. As idéias jus-econômicas dos autores clássicos eram a liberdade de empresa e a liberdade de concorrência, demonstrando a idéia geral de liberdade individual. O crescimento econômico e social dependem do sucesso da iniciativa privada. Ou seja, o crescimento da economia de maior bem-estar da sociedade tem por base o livre empreendimento privado e a autodeterminação individual. Esta significa que a procura da maior vantagem, na defesa do seu próprio interesse, por cada um de seus membros, resulta automaticamente na máxima vantagem para a sociedade. Infere-se, tudo dependia do sucesso da iniciativa privada.

A iniciativa era livre. Isso significa que não é preciso solicitar autorização governamental para se iniciar um negócio. Tanto a iniciativa privada como a livre concorrência eram o alicerce da ordem econômica. A obediência a esses dois princípios permitiria uma

organização racional da economia e seu funcionamento automaticamente equilibrado. O próprio mercado funcionaria como regulador automático da economia, ou seja, sua própria *mão invisível* iria estabelecer o equilíbrio. Os desequilíbrios poderiam eventualmente acontecer, todavia seriam resolvidos pelos mecanismos naturais da própria economia; a *mão invisível* se encarregaria de torná-la estável novamente. Atesta-se, pois, que a economia basta-se a si mesma, dispensando a intervenção de quaisquer fatores a ela exteriores, principalmente oriundos do Estado. Este não se confunde com a economia e nela não deve intervir. Os preços dos produtos obedeceriam a Lei da Oferta e da Procura, que continham todas as informações imprescindíveis sobre quaisquer bens.

4 A ANTÍTESE: O SOCIALISMO: SOCIALISMO UTÓPICO OU PRÉ-MARXISTA; SOCIALISMO MARXISTA OU CIENTÍFICO

A Revolução Industrial que foi uma expansão das forças de produção, nasceu uma considerável parcela da população escravizada pelo trabalho: o miserável proletariado urbano, filho das fábricas e exploração do suor humano, transformado em máquina de trabalho, instrumento de produção, sujeito às condições de vida mais difíceis que um camponês da Idade Média. A Inglaterra apresentava o seguinte quadro: superpopulação, porque lá se concentravam a maioria das fábricas e os empregos; fome, porque os salários eram muito baixos e ainda havia o exército de reserva em busca de trabalho; epidemias, principalmente a tuberculose, pois o operário trabalhava muito mais do que oito horas por dia, restando-lhe pouco tempo para se alimentar e para descansar, recomeçando, em seguida, sua jornada. O cansaço e a má alimentação, esta decorrente do pouco dinheiro, debilitavam o organismo que acabava doente. O operário tinha que continuar trabalhando mesmo enfermo e, o contato com os outros, também enfraquecidos, proliferava a doença. O Estado tinha que estar ausente, absentéista, sem atuar na seara social, inerte aos efeitos que a exploração gerava. Devido a esse quadro, brotaram as idéias socialistas, inicialmente, de teor utópico e depois, o Socialismo Científico de Karl Marx e Friedrich Engels.

O Socialismo Utópico produziu apenas reflexões pessimistas e amargas sobre as condições de vida àquela época. Idéia de reforma social com a finalidade de alcançar uma sociedade perfeita, justa, feliz e regenerada. Apresentou somente conclusões pessimistas sobre uma sociedade assentada em bases capitalistas, restringiram-se em criticá-la. Os socialistas utópicos não mencionaram a explicação do fundamento do modo de produção nem elaboraram um procedimento científico para modificá-lo. Não existiu uma formação teórica científica sobre um novo modo de produção. Não formularam suas idéias cientificamente. A característica central era o subjetivismo. Principais teóricos: Thomas More, Louis Blanc, Saint-Simon, Pierre Joseph Proudhon, Etienne Cabet, Charles Fourier e etc.

Marx teorizou um novo modo de produção, o Socialismo. Foi uma reação ao capitalismo liberal. O ponto fundamental da teoria de Marx é que o capitalismo se baseia na exploração do trabalho. Todas as mercadorias têm algo em comum, que é serem frutos do trabalho humano. Este agrega riqueza, que é chamada de *mais valia*, que é apropriada totalmente na forma de lucro pelo capitalista. Gera, por conseguinte, a luta de classes, a situação de oposição entre os trabalhadores e os capitalistas. Essa luta de classes irá esbarrar na Revolução do Proletariado, quando se chegar a um nível tão grande de pobreza que não lhe restará mais nada, a não ser rebelar-se. Com a vitória dos trabalhadores na revolução, instaurar-se-ia a Ditadura do Proletariado, o Socialismo, que seria governado por um partido único, o Partido Comunista. Nessa fase haveria a estatização, uma centralização da economia com a finalidade de acabar com a propriedade privada e as desigualdades entre as classes. O Estado controlaria os meios de produção. O Socialismo seria, então, a primeira fase do novo sistema econômico preconizado por Marx. Na segunda fase, seria o Comunismo, significando que não haveria mais Estado, por ter se tornado desnecessário, pois os indivíduos estariam evoluídos a ponto de não executarem as práticas capitalistas. A Ditadura do Proletariado foi vivenciada na URSS, no leste europeu e ainda hoje, em Cuba. O Estado, ao invés de se extinguir, expandiu-se cada vez mais e, quando diminuiu sua atuação, o Socialismo ruiu. O Comunismo de Marx, na prática, nunca existiu.

5 A SÍNTESE QUE SURTIU A PARTIR DA TESE CAPITALISTA E DA ANTÍTESE SOCIALISTA, O INTERVENCIÓNISMO ESTATAL OU KEYNESIANISMO: OS MARGINALISTAS: PRECURSORES DO KEYNESIANISMO; KEYNES E O KEYNESIANISMO: A TEORIA DO INTERVENCIÓNISMO ESTATAL

Na segunda metade do século XIX, a livre concorrência foi substituída pelo monopólio. Os pequenos empresários foram esmagados pelos grandes ou com eles se juntaram, com a finalidade de transformar o negócio em algo maior. O monopólio foi uma evolução da própria concorrência. O próprio Marx havia realizado previsões nesse sentido. Segundo o materialista histórico, o capitalista maior acaba com o menor; a concorrência termina sempre com a ruína de muitos capitalistas pequenos. Os grandes tiveram muitos lucros; tanto que não puderam gastar. Surgiu, então, a Teoria Marginal da Utilidade, que defendia que o valor de um produto é uma grandeza subjetiva, relacionando-se com a utilidade que o produto tem para cada um. Essa utilidade, por sua vez, depende da quantidade do bem que o indivíduo dispõe.

As carências humanas satisfazem-se gradualmente e, na medida em que aumenta a quantidade de mercadorias, diminui-se a satisfação por eles propiciada. O capital, assim como um produto qualquer, possui uma margem inútil. Esta deveria ser utilizada pelo Estado em benefício da coletividade. O Marginalismo levou à idéia de Estado do bem-estar, embora não significasse ser integrante do keynesianismo, foi uma doutrina que repensou certos conceitos. Foi uma fase de transição para o intervencionismo. Seus principais teóricos eram: Stanley Jevons, Karl Menger e Léon Walras.

O efeito principal foi o aumento da capacidade industrial de produzir mercadorias e a diminuição na capacidade de consumo. Com o tempo, todas as potências passaram a ter um excedente de produção. A saída foram as colônias, que com o tempo, também se tornaram insuficientes. As potências disputavam avidamente os mercados e esta disputa, levou à Primeira Guerra Mundial. Após a guerra, a Europa se fechou para a recuperação, não obstante a Alemanha ter sofrido impagáveis indenizações, criticadas veementemente por Keynes, que a impossibilitavam de se recuperar.

Os Estados Unidos, maior fornecedor de produtos durante a guerra, tentou voltar ao liberalismo, mesmo com excedente de produção. Excesso de bens contrapondo-se à escassez de consumo, decresciam

progressivamente os investimentos na produção e, sem alternativa, investiam em ações. Com o tempo, sem investimento na produção, as fábricas faliram, as ações foram decrescendo e, todo mundo queria vender tudo o que tinha. No dia 29 de outubro de 1929, um número recorde de valores mobiliários foi negociado: dezesseis milhões. Pela Lei da Oferta e da Procura, o preço foi a zero e a bolsa de Nova Iorque quebrou. Conseqüentemente, aconteceu a Grande Depressão. Os anos se passavam e a depressão continuava. No entanto, o mercado não iria se estabelecer sozinho? E a mão invisível? Por exigência do processo de acumulação de capital, do próprio modo de produção capitalista, convocou-se o Estado para suprir as deficiências do sistema. Surge, então, o Intervencionismo Econômico. John Maynard Keynes foi seu principal teórico, com sua principal obra: *Teoria Geral do Emprego do Juro e da Moeda*. Teve como principais inspirações Karl Marx e Adam Smith. Sua teoria veio salvar a economia de mercado; não buscou eliminá-lo.

Keynes acreditava que todos os aspectos da economia se caracterizavam pela incerteza. Mostra que é possível, numa economia de mercado, longas crises marcadas pela recessão e pelo desemprego. O *laissez-faire* convencional era inadequado aos problemas crescentes das sociedades industrializadas. Defendia uma ação governamental para geração de emprego, que se verifica nessa clássica citação do próprio Keynes:

Se o Tesouro se dispusesse a encher garrafas usadas com papel-moeda, enterrasse-as a uma profundidade conveniente em minas de carvão abandonadas que logo fossem cobertas com o lixo da cidade e deixasse à iniciativa privada, de acordo com os bens experimentados os princípios do *laissez-faire*, a tarefa de desenterrar novamente as notas (naturalmente obtendo o direito de fazê-lo por meio de concessões sobre o terreno onde estão enterradas as notas), o desemprego poderia desaparecer e, com a ajuda das repercussões, é provável que a renda real da comunidade, bem como sua riqueza em capital, fossem sensivelmente mais altas do que, na realidade, o são.⁹

⁹ KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Emprego do Juro e da Moeda*. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Atlas, 1982 p. 111

Pois, segundo Keynes, era a procura que gerava a oferta, que seria realizada a partir do momento que os indivíduos tivessem condições de consumir, recomeçando, assim a produção. Sugeriu, também, a socialização do investimento, também denominado de déficit sistemático das contas públicas, traduzia-se no gasto do governo para compensar a falta de investimento privado durante os tempos de pessimismo nos negócios; e uma diminuição desse gasto em períodos de euforia, com a finalidade de não estimular a inflação.

Keynes achava que os aspectos essenciais do modo de produção poderiam ser preservados, contudo suas virtudes somente poderiam ser salvaguardadas se a insatisfação social, gerada pelo desemprego em massa, pudesse ser eliminada. Por isso, encarava os sindicatos como agentes legítimos de negociação. Afirmava que o corte salarial não oferecia nenhuma cura ao desemprego, podendo agravar o problema, porque diminuiria ainda mais a procura efetiva. Houve o despertar da consciência das classes menos favorecidas, que passaram a exigir a revisão no sentido social, que tomou rumo do intervencionismo.

Esse novo modelo econômico proposto por Keynes conquistou vários governos, que o aderiram. Constituíam-se de programas de obras públicas, criação de emprego e fomento da indústria. Essa universalidade de ações econômicas preparou o caminho para a estruturação de uma nova modalidade econômica, o intervencionismo. Como o intervencionismo impescinde da ação estatal, também uma nova modalidade estatal também surgiu, o Estado Social, configurando-se como um aprimoramento do Estado de Direito. O nascimento dessa nova modalidade estatal, o Estado Social Democrático de Direito, que intervém na economia, obtendo resultados positivos também a nível social, impõe-se na civilização contemporânea. Dentro desse contexto, surgem novas constituições, contemplando, além dos direitos individuais e políticos, os direitos que dizem respeito à ordem econômica e social.

Consoante às tendências econômicas e sociais contemporâneas, o Estado Social manifesta-se no ordenamento jurídico brasileiro. A ordem social, então, passa a ser uma realidade concernente uma ação positiva do Estado brasileiro no sentido de favorecer a igualdade material, que nos dias de hoje se manifesta através da Constituição Federal de 1988.

6 A IDENTIFICAÇÃO DAS BASES DOUTRINÁRIAS KEYNESIANAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E O SURTIAMENTO DAS CONSTITUIÇÕES ECONÔMICAS E A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição brasileira de 1988, que atualmente caracteriza o Estado brasileiro como social-democrático, é uma Constituição Econômica, pois trata de assuntos econômicos em sentido jurídico, trazendo o reconhecimento da importância da ordem econômica, pelo novo direcionamento que é atribuído ao Estado na realização de suas funções, a intervenção no domínio econômico. O campo social é destaque na Carta brasileira de 1988, pois os direitos sociais estão inseridos no título que trata os direitos fundamentais, colocando-os no mesmo patamar hierárquico que os direitos individuais. Sobressai-se, também, o grande prestígio com que trata o cidadão.

A constituição econômica surgiu com a Constituição de Weimar. As normas de conteúdo econômico passaram a ser consideradas constitucionais. Trouxe um capítulo intitulado *a vida econômica*, regulamentando de maneira mais sistemática e ordenada o econômico. Essa constituição instaurou o intervencionismo estatal nas constituições modernas, compatibilizando a livre iniciativa com limitações na propriedade, sobre esta a Constituição de Weimar lança um novo dogma em seu artigo 153: *a propriedade obriga*. Isso significa que seu uso deve, primordialmente, servir aos interesses da comunidade. Esse foi, juridicamente, o ponto inicial da função social da propriedade. Os direitos trabalhistas foram positivados no artigo 157 e seguintes, da constituição, ganhando a posição hierárquica de direitos fundamentais. Inclui-se, também, a coordenação da iniciativa privada da livre concorrência, a tributação e as políticas de investimentos.

Apesar de a intervenção indireta ser a regra no ordenamento jurídico brasileiro, isso não significa que não há mais intervenção e comprova-se o intervencionismo estatal brasileiro consoante entendimento do STF, a quem cabe a interpretação constitucional, conforme um trecho do Exmo. Ministro Marco Aurélio, proferida em seu voto nos autos da ADPF nº 46-7/DF:

A retirada do Estado da prestação direta de tais atividades não significou uma redução do intervencionismo. Ao contrário, fez com que o Poder Público ficasse mais atento ao cumprimento da missão fiscalizatória, por meio de entes desprovidos de subordinação, com autonomia perante as ingerências políticas, com funções técnicas delimitadas, para que a prestação de serviços essenciais à população não ficasse submetida apenas à decisão das empresas privadas, mas fosse realizada de acordo com o cumprimento de regras previamente delimitadas pelo Poder Público. Tal função é desenvolvida, hodiernamente, pelos diversos órgãos reguladores, pela Secretaria de Defesa Econômica-SDE e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE.¹⁰

O STF novamente assegurou que a Constituição de 1988 é uma constituição econômica, dotada de normas programáticas na ADIN 1950/SP:

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial à livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura, e ao desporto (artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217§ 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.¹¹

9 KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Emprego do Juro e da Moeda*. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Atlas, 1982 p. 111

10 www.stf.gov.br.

11 www.stf.gov.br.

7 Conclusão

Pode-se inferir que os modos de produção, também denominados de sistemas econômicos, evoluem de acordo com a oposição de classes, chegando até o capitalismo. Este passou por várias fases, a mercantil, a liberal e a intervencionista.

No capitalismo liberal surgiu o Estado de Direito e extinguiu-se o absolutismo. Por outro lado, surgiu uma sociedade parcialmente democrática, pois a liberdade restringiu-se à seara formal. Os problemas sociais deram origem às doutrinas socialistas, com destaque para o Socialismo Científico de Karl Marx e Friedrich Engels. Mais tarde, foram colocadas em prática com a Revolução Russa, inicialmente.

O Liberalismo comprovou sua ineficiência perante as sociedades industrializadas do século XX com a quebra da bolsa de valores nos Estados Unidos e com a Grande Depressão. Surgiu, então, o capitalismo intervencionista, na teoria de John Maynard Keynes. Suas teorias compatibilizaram-se com as da Constituição alemã de Weimar e que, após a Segunda Grande Guerra, serviu de modelo às constituições nascentes. O Estado de Direito deu lugar ao Estado Social-Democrático de Direito, que intervém na economia e se preocupa com o social. Atesta-se, então, que a Constituição brasileira de 1988 é uma Carta econômica e, por isso fundamenta um Estado social-democrático de Direito, que é intervencionista. Essa premissa é firmemente defendida com base nos julgados do Pretório Excelso, órgão de cúpula do Poder Judiciário, a quem cabe a interpretação constitucional.

REFERÊNCIAS

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e mudança social**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

HUNT & SHERMAN, E.K. & Howard J. **História do pensamento econômico**. 20 ed. Petrópolis: Vozes, 2001

KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego do juro e da moeda**. Edição brasileira. São Paulo: Atlas, 1982

MARX, Karl. **O capital**. Tradução de: ANDRADE, Joaquim Pinto de. & BARRADAS, Ana Maria. & AZANCOT, Vera. & CERQUEIRA, Armando. *Edição Popular*. Lousa: Tipografia Lousanense, 1979.

MOREIRA, Vital. **A Ordem jurídica do capitalismo**. 4 ed. Lisboa: Caminho, 1987.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao Direito Econômico. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

PEDRÃO, Fernando. **Raízes do capitalismo contemporâneo**. São Paulo, SP/Salvador, Ba: Hucitec/ Editora da Universidade Federal da Bahia, 1996.

**OS SENTIDOS DA VIOLÊNCIA E DA CIDADANIA:
UM ESTUDO QUALITATIVO SOBRE AS
REPRESENTAÇÕES DE ADOLESCENTES E
JOVENS DO LAGAMAR – FORTALEZA-CE**

LÍDIA VALESCA PIMENTEL, MICHELINE FERRARO OLIVEIRA,
SILVELENA MARIA DO NASCIMENTO ¹

Resumo: O presente artigo é fruto da pesquisa Juventude, violência e cidadania realizada no programa de pesquisa jurídica da Faculdade Farias Brito, que teve como objetivo compreender o modo como os adolescentes e jovens moradores do Lagamar, uma comunidade urbana e socialmente segregada da cidade de Fortaleza, compreendem a violência e a cidadania. O texto discorre sobre a situação social do Lagamar, a sua ocupação espacial, a formação de territórios juvenis, relacionando os índices de violência e pobreza do lugar com a vida e os destinos dos jovens. De modo transversal, os autores dialogam a partir dos conceitos de violência e a cidadania, enfocando o pensamento de Arendt, Diogenes, Foucault entre outros autores.

Palavra-chave: Cidadania, violência, sociabilidade juvenil.

Abstract: The present article is the result of a research called ‘Youth, violence and citizenship’ conducted in the program of juridical research from the Faculdade Farias Brito, which aimed at understanding the way the adolescents and young people who live in Lagamar – a segregated urban community from the city of Fortaleza –, perceive violence and citizenship. The text discourses on the social situation of Lagamar, its spatial occupation, the formation of youth territories, making a relation between the violence and poverty rates in this area with these young people’s life and destiny. In a transversal line, the authors write based on the concepts of violence and citizenship, focusing the thoughts of Arendt, Diogenes, Foucault among others.

Key words: Citizenship, violence, juvenile sociability.

¹ Lídia Valesca Pimentel é Socióloga, doutora em Sociologia, professora da Faculdade Farias Brito, coordenadora da pesquisa Juventude, violência e cidadania no Programa de Pesquisa Jurídica – PPJ; Micheline Ferraro de Oliveira é aluna do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito, professora da rede municipal de ensino e pesquisadora do PPJ; Silvelena Maria do Nascimento é aluna do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito, estagiária do Tribunal de Contas do Ceará – pesquisadora do PPJ.

1 INTRODUÇÃO

Quando decidimos realizar a pesquisa Juventude, violência e cidadania fomos motivados por uma inquietação que nos desafiava: compreender o fenômeno da violência entre os adolescentes e jovens e ao mesmo tempo compreender a sociabilidade juvenil, suas formas de inserção social e a concepção sobre cidadania, mas o que se descortinou aos nossos olhos foi uma comunidade, seus problemas e suas esperanças. Nesse sentido, mais do que um relatório da pesquisa, este artigo se propõe a discutir a realidade do Lagamar, ultrapassar a visão construída pelos noticiários policiais, dando enlevo à vida da juventude que deseja e sonha por um futuro melhor.

Durante seis meses de estudo e pesquisa de campo, o grupo formado por quatro alunas do curso de Direito da Faculdade Farias Brito conjuntamente com a professora orientadora adentrou na realidade do Lagamar, entrevistando jovens e lideranças comunitárias. A inquietação investigativa do início foi dando lugar à escuta atenta de relatos de jovens participantes do projeto Adolescente Cidadão² através de entrevistas e observação participante e transformado em reflexão sobre a vida nos lugares segregados da cidade.

Foram entrevistados 12 adolescentes que estavam participando do Programa Adolescente Cidadão executado pela fundação Marcos de Bruim³. Além de entrevistas, a utilização da técnica de grupo focal possibilitou a discussão em grupo e através de suas falas, a compreensão de significados implícitos sobre a violência e a cidadania. A pesquisa de campo possibilitou também realizar entrevistas com lideranças comunitárias, participação de encontros com ONG's que atuam com adolescentes, resultando em um vasto material escrito, além de fotografias e impressões registradas em diário de campo.

A incursão numa comunidade segregada foi uma experiência marcante para o grupo de iniciação à pesquisa. Perceber as contradições, a ausência do Estado de Direito foi desalentador, mas o sentido punjante

2 Adolescente cidadão é um projeto do Governo Federal executado pela FUNCI – Prefeitura Municipal de Fortaleza em parcerias com instituições e ONG's, que desenvolve uma formação cidadã, informando e capacitando os adolescentes de baixa renda.

3 A Fundação Marcos de Bruim atua no Lagamar desenvolvendo ações de cidadania, formação para o trabalho.

de responsabilidade social universitária abriu expectativas para o desenvolvimento de uma atuação jurídica popular, entre outros sentimentos e desejos que emergiram no escopo da pesquisa.

O relato da pesquisa soma-se a uma reflexão violência e cidadania a partir do pensamento de autores clássicos e contemporâneos.

2 LAÇAMAR, CENÁRIO DE AMBIGÜIDADES⁴:

O Lagamar é um retrato das condições de vida dos menos favorecidos que moram em favelas na cidade de Fortaleza. Sua localização geográfica está entre os bairros São João do Tauape, ao Norte, Alto da Balança, ao Sul, da Br-116, a Oeste, e da Av. Raul Barbosa, ao Leste. Trata-se de um aglomerado considerado subnormal, com uma população aproximada de 9 mil habitantes.

Nas margens do canal do Lagamar, estão as ruas mais largas, por isso é que são as mais propícias para os vários acontecimentos que vão desde os movimentos de reivindicações, como passeatas, até os conflitos entre as gangues formadas pelos moradores jovens.

O canal é o espaço que melhor define o Lagamar, pois é nele onde se travam os conflitos; além de ser um ponto de ligação entre a vida cotidiana, da festa, das brincadeiras, das rodas de conversas e da marginalidade, pois esses espaços são pertencentes ao Velho Lagamar, lado do Alto da Balança e lado São João do Tauape, que são ligados por três pontes de madeira que se encontram em situações precárias, devido ao tráfego irregular de motos e carros. Através de um código estabelecido simbolicamente, não é permitida a passagem dos moradores de um lado para o outro, por isso o Lagamar é uma comunidade dividida e essa divisão atinge os moradores de modo geral, a ponto de excluir as crianças e jovens de frequentar os equipamentos públicos, como posto de saúde e escolas, além dos projetos desenvolvidos por ONG's de ambos os lados.

A visão cartográfica do Lagamar impressiona por suas inúmeras ruas, travessas, becos, amontoados uns sobre os outros num pontilhado minúsculo que os separa e seguem num traçado irregular de onde nascem outras ruelas, travessas e vilas.

⁴ As informações que se seguem foram baseadas no Censo Lagamar, realizado pela Fundação Marcos de Bruim em 2006.

As casas são de dimensões pequenas e com características de autoconstrução, pois apresentam o aspecto de semi-acabada ou provisória. Possuem aproximadamente entre três e cinco cômodos (44%). A sua estrutura interna é composta de sala, quarto e banheiro, com portas que ligam um cômodo ao outro, limitando um espaço de privacidade entre os que nela habitam. As casas são construídas de materiais diversos: alvenaria, papelão e de madeira.

O terreno é repartido para caber mais gente e diminuir seu preço. O sobrado, ou o puxadinho construído no final de semana, não tem planta, não tem recuo lateral e sempre termina em laje, para caber mais uma família que precise. É difícil uma casa no Lagamar ter teto. Isso significa a segurança de uma nova moradia, para caberem os filhos e suas famílias.

Mesmo possuindo uma moradia de domicílios ligados a rede de esgoto (74%), é comum encontrar nas ruas, água escorrendo, proveniente do consumo, vindas de lavagem das roupas e das casas que não possuem sistema de saneamento.

Em decorrência de sua área ser cortada pelo Rio Cocó e Riacho Tauape, o lugar sofre constantemente inundações por influências das marés e cheias das águas fluviais. A fragilidade do Lagamar e os transtornos em períodos de chuva existem há mais de meio século. Segundo o censo, 46% das residências sofrem alagamento.

A juventude habitante do Lagamar (65%) estuda em escolas públicas localizadas nas proximidades da comunidade (29%) e sua situação é considerada de risco, pois usam drogas de forma generalizada, roubam e matam para consegui-las. Os jovens são alvo certo para um mercado de consumo, venda e distribuição de drogas, bem como, o que dela decorre: assaltos, furtos, conflitos por ponto de venda, homicídios entre outros crimes.

De acordo com o Censo Lagamar, realizado de 16 de julho a 16 de dezembro de 2005 pela Fundação Marcos de Bruin, os problemas mais citados pelos moradores são o desemprego (11%), questões financeiras (38%) e a falta de segurança pública (12%). No entanto, a falta de segurança pública citada pelos moradores pode ser pensada a partir de uma questão mais ampla, pois não falta policiamento na região. Os policiais montam guarda nas esquinas das principais avenidas, tropas montadas e viaturas fazem ronda com frequência pela comunidade e, recentemente um observatório foi construído para reforçar o policiamento.

A população do Lagamar é em sua maioria composta pelo sexo feminino (52%). No que diz respeito a vício, os mais frequentes são o álcool (18%), o cigarro (14%) e as drogas ilícitas.

Diante do exposto, podemos verificar que os jovens vivem em condições de pobreza, sem efetivação de alguns direitos fundamentais, cabendo ao Estado, contemplar as demandas apontadas pela comunidade, proporcionando a esses moradores a possibilidade de mudar seus destinos.

3 A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA NO LAGAMAR: ENTRE MEMÓRIAS E ESPERANÇAS

Um dos segmentos da pesquisa, a concepção dos jovens e adolescentes moradores do Lagamar sobre violência e cidadania, é a história dos movimentos sociais daquele bairro, bem como suas lutas, reivindicações e conquistas. E pela análise empírica feita através de entrevistas e observações, constatamos como se deram as organizações sociais daquela comunidade antes, bem como, nos dias de hoje.

As primeiras lutas, surgiram ainda na década de 50, quando da ocupação do bairro, foi a partir daí que nasceu a resistência pelo próprio território, espaço físico. Queriam os moradores naquela época, permanecerem lá, onde fincaram as primeiras moradias, pois a idéia era de que, o bairro lhes pertencia, vez que “o construíram a partir do mato e da lama”.

Ainda no mesmo cenário, o poder público se manifesta oficialmente a respeito da remoção daquela favela para longe dos bairros de classe média, isso ocorreu em meados da década de 70, devido a nova política adotada pelo Governo Estadual com relação ao bairro do Lagamar, mudanças como: abertura e pavimentação de avenidas, saneamento e uma série de outras implementações.

A partir da apresentação do aludido projeto, para transformação do Lagamar, e a declaração oficial por parte do poder público, começou então um intenso período de resistência dos moradores, que não tinham nenhuma intenção de sair daquele espaço para outro lugar, pois entendiam eles que tinham direito àquela terra. E assim, a luta travou-se no sentido de urbanizar o bairro, mas sem remover os moradores. E os moradores “arregaçaram” as mangas e foram em busca do que eles queriam, bem como, defender aquilo que lhes pertenciam, como se observa na fala das pessoas que participaram diretamente daquela luta.

...Mas, como a gente que trabalhava era pouco e a PROAFA é um órgão rico, o governo tinha com que pagar aqueles funcionários para iludir o povo, fazer a cabeça do povo, e as coisas se tornou muito difícil. *A gente colhia as assinaturas das pessoas e a PROAFA ia lá e dizia para o povo: “se você não desistir desse projeto vai perder a casa daqui e a do conjunto’...”*

(Edna Pinheiro – líder comunitária do Lagamar)

A resistência da qual nos referimos teve como principal ativista a CEB’s (Comunidades eclesiais de bases), constituída inicialmente, pelos moradores da histórica rua Mundaú, que se proporam a lutar por melhorias para o bairro como um todo e com isso foram conquistando o respeito da comunidade.

Segundo entrevista com Lurdinha, liderança do Lagamar, A CEB’s, tinha e ainda tem como filosofia à vivência crítica do mundo sob o ponto de vista da consciência política e religiosa. E assim, a luta deu-se em dois segmentos, a saber, contra o órgão do governo – PROAFA (Fundação programa de assistência às favelas de Fortaleza) e na conscientização dos moradores. Na primeira, era no sentido de mostrar ao poder público que, de fato o que era melhor para aquela comunidade, e o que eles consideravam como o melhor era a permanência dos moradores lá. No segundo, era fazer com que os moradores fossem mais resistentes às ofertas persuasivas da PROAFA, que acenavam propostas (indenizações) “irresistíveis” para os moradores, como se observa na fala de uma das moradoras do bairro.

... e quando a gente viu que tava fracassando o projeto , que as pessoas estavam saindo, nesse tempo eu dei toda minha vida por isso, eu mais marcada pela Proafa do que tudo, eu, passava o dia todo nesse Lagamar visitando o povo com uma pasta embaixo do braço,colhendo assinaturas, conversando, não obrigando as pessoas a não quererem ir, mas tentando conscientizar o povo, mostrar o direito que nós temos de permanecer aqui.

(Maria Edna, líder comunitária do Lagamar)

Depois de um longo tempo de luta, resistência e perseverança , depois de terem sidos postos à prova , os moradores do Lagamar conseguiram, enfim, o direito de permanecerem no bairro e embora, tinha a CEB’s se

destacado na luta pelo próprio território existiu naquela época, como ainda existe hoje, outras organizações que contribuíram significativamente para as principais conquistas daquela comunidade.

...Aos poucos a PROAFA se afastou do Lagamar. Acho que ela viu que o povo não ia abrir mão, então ela abriu mão do Lagamar. Eu não tenho dúvida, eu acredito plenamente que fomos nós do Lagamar que ensinamos a PROAFA a respeitar as pessoas...

(Maria Edna, líder comunitária do Lagamar)

As conquistas não se resumiram único e estritamente ao espaço, bem como melhorias para os moradores, como: saneamento, pavimentação de algumas ruas entre outros. Embora, ainda hoje, seja um bairro extremamente pobre que clama por políticas públicas de desenvolvimento.

Ainda, com relação aos dias de hoje, o que se percebe é que, naquele bairro o grupo CEB's ainda resiste. Atualmente no bairro Aerolândia e São João do Tauape existem cerca de 23 associações, mas as formas de luta e reivindicação já não são as mesmas, foram de certa forma resignificadas. O que percebemos é que estes grupos já não possuem a mesma força de antes.

Vale ressaltar, a importância da ONG's (organizações não governamentais) para o desenvolvimento de ações que minimizam a falta de direitos fundamentais negligenciados pelo Estado. Estas organizações se apresentam em grande número as quais podemos destacar: Associação Comunidade do Lagamar, Associação dos Moradores do Lagamar, Associação dos Moradores e Amigos da Ocupação Cidade de Deus, Associação dos Moradores do Riacho Tauape, Centro de Defesa dos Direitos Humanos do Lagamar, Centro de Desenvolvimento Infantil, Conselho Comunitário de Defesa Social, frente de assistência a criança carente e Fundação Marcos de Bruin.

Concernente a última ONG mencionada, esta se destaca na construção de uma comunidade melhor, trabalhando para transformar a realidade daquele bairro, com uma atuação há mais de 14 anos no Lagamar com desenvolvimento de projetos nas áreas de cidadania, trabalho e renda.

Desse modo, o desenvolvimento desses projetos representam uma esperança na vida de centenas de jovens carentes, oferecendo a eles um caminho mais digno e próspero que o da marginalidade. Nesse diasapão, a Fundação Marcos de Bruin desenvolve atividades a partir de três eixos, a saber, protagonismo juvenil, trabalho e renda, e desenvolvimento local.

E por fim o que percebemos, depois dessa análise sobre como a comunidade do Lagamar se organizou e como se organiza pela busca de uma vida mais digna, descobrimos um bairro segregado, um povo estigmatizado e que sofre com muitos preconceitos, embora alguns daqueles moradores se esforcem na luta para construção de uma comunidade melhor e menos violenta.

O que se percebe é que, mesmo com o passar dos anos ainda permanece viva a história de luta daquele povo. Na Rua Mundaú ainda resiste a sede da CEB's, estando lá os arquivos da história de resistência, fotos e documentos e principalmente vivos na fala de Maria de Lurdes, uma importante personagem da história das lutas do Lagamar.

Assim, no plano da geografia a comunidade do Lagamar é apenas mais um aglomerado de casas numa cidade grande, denominada de favela. No entanto, o que poucos sabem e conhecem é a história e identidade daquele povo.

3 Os Sentidos da Violência e da Cidadania para os Adolescentes do Lagamar

A violência no Lagamar tem um sentido estrito, está estampada nos jornais, nos noticiários sensacionalistas, ameaçando e fazendo reféns do medo os cidadãos de várias classes sociais que cruzam as ruas de seu entorno. Frequentemente, os passantes são alertados da insegurança do lugar, mesmo tendo a ação constante do poder policial.

No interior da comunidade, a violência é fato cotidiano, está para além dos estudos e estatística, assumindo um sentido subreptício e naturalizado. A fala dos jovens sobre a violência assume, nesse sentido, um tom de crítica e medo, mas havia em suas falas um afeto pelo lugar: “Aqui é onde eu nasci eu gosto de morar aqui...”. “Aqui está os meus amigos, nós nos divertimos, vamos para a festa e curtimos.”

De modo geral, a história do jovem morador do Lagamar é construída na própria comunidade. Eles nasceram ou vieram morar no Lagamar ainda pequenos, estudam em escolas próximas, tem lazer no próprio bairro. É a partir do bairro que eles vêm a cidade, é no lugar onde moram que encontram os seus primeiros amigos, estabelece vínculos relacionais, e na maioria das vezes, é no bairro que alguns cometem o primeiro ato infracional.

Quando indagados se desejam sair do bairro, eles responderam que não, mas desejariam mudar a situação do lugar. Eles reclamam por não possuir área de lazer e pelos constantes conflitos entre gangues, como pode ser visto no quadro abaixo:

O que pensam do Lagamar

AFIRMAÇÕES POSITIVAS	AFIRMAÇÕES NEGATIVAS
É legal,	Não tem paz
Gosta de morar no bairro	Não tem oportunidades
Tem amigos e família.	Falta Lazer
É bom porque é o lugar onde nasceu	É lugar de desentendimento
	É um lugar dividido

A sensação de discriminação por morar no Lagamar é recorrente entre os jovens pesquisados. Eles afirmaram que comumente são retaliados por morar num lugar considerado violento.

A situação do jovem do Lagamar foi colocada, em geral, como uma situação de risco: usando drogas de forma generalizada, roubando, matando. Algumas opiniões de descrença e total descredibilidade no jovem surgiram: “de 100 você tira 10 que num faz”.

O estigma de morar no Lagamar se faz presente na vida dos adolescentes entrevistados sob diversos aspectos. Mas a discriminação da polícia foi a mais relacionada entre eles:

“Os policiais nos colocam no paredão, eles perguntam, estão vindo de onde? Se eu digo que moro no Lagamar, eles metem o pau...”.
“Eles chegam batendo em todo mundo. Eles acham que todo mundo aqui é vagabundo...”.

(Registros de grupo focal com adolescentes do projeto Adolescente Cidadão na Fundação Marcos de Bruim)

Sobre a relação dos adolescentes com a polícia, existem dois modos para encarar essa questão. Um refere-se à visão objetiva narrada em suas falas que denuncia a ação preconceituosa, arbitrária e ilegítima da ação policial, e um outro, de caráter subjetivo, que é o modo como a força e violência assume no apaziguamento da força juvenil na cidade como diz Diógenes (2007 p.201):

... a juventude, mais do que qualquer outro segmento social, utiliza-se da estratégia de alardear sua presença na cidade, como forma de garantir um grau possível de visibilidade social. Essas práticas juvenis de parição ruidosa, barulhenta e, algumas vezes ameaçadoras, freqüentemente confrontam-se com os objetivos precípuos da ação policial de garantir a ordem pública e, fundamentalmente, também, gerar impacto e visibilidade

De modo geral, a parição dos adolescentes e jovem das periferias nas ruas da cidade produz um sentimento, às vezes ameaçador, por possuir em sua dinâmica corporal uma potência ao mesmo tempo criativa e destrutiva. Imagens de vários jovens juntos aludem nos transeuntes o medo da gangue e dos arrastões comuns na década de noventa em várias cidades do país.

Em seus corpos estão presentes os signos da sociedade de consumo, como o estilo *bad boy*, que pode ser identificado visualmente como aqueles que vestem roupas de marca e ao mesmo tempo produzem a marca de serem pobres e delinquentes (Diógenes, 1998).

Desse modo, os adolescentes e jovens do Lagamar não se enquadram no conceito de “corpo dócil” pensado por Foucault (1996). O corpo dócil sintetiza a utilidade do corpo, a disciplina, a plasticidade e padronização. De modo inverso, eles afrontam com a sua indolência e sua forma nem sempre criativa de se destacar e de se mostrar diferente.

Durante as entrevistas e debates nos grupos focais, os adolescentes falavam da violência de modo simples, num nível cotidiano, até mesmo natural. De modo geral, foram relatadas brigas entre gangues, assim como brigas e discussões entre os familiares.

A violência em Fortaleza é estampada nos telejornais, nos jornais, nas revistas, nas mídias de modo geral. Para quem mora na cidade, a violência assemelha-se a uma onda que vem de outro lado, que aterroriza e deixa frágil o cidadão. No Lagamar, a violência não é de fora, é vivida cotidianamente, dominando a cena pública. Vem de alguém conhecido, tem nome e sobrenome. Foi possível perceber que o medo de denunciar os autores da violência é confundido com o medo da polícia vir novamente e confundir pessoas inocentes com os protagonistas da violência.

Mesmo vendo e vivendo situações que envolvem violência, as ações violentas foram separadas de suas experiências. Em vários momentos, o discurso separou os jovens “vagabundos” e os jovens que não estão envolvidos. Mas de modo geral, seja ele protagonista ou vítima, suas vidas já estão marcadas pelo fato de morar numa comunidade pobre e violenta.

Praticamente, todos os jovens que participaram dos grupos narraram ter visto ou vivido uma situação de violência, seja na família ou na comunidade, havia em suas narrativas, um tom de tristeza, revolta e entre alguns, um elevado senso crítico. Eles apontam como causa da violência o elevado abismo social que separa os jovens da classe alta e média de Fortaleza e os jovens do lagamar. Eles sabem, e nomeiam os problemas: “... o problema é a droga. O cara não consegue sair dela, quando vê já está dominado. Tem que roubar, tem que assaltar, tem que matar para conseguir...” (Resultado de entrevista).

4 Os sentidos da cidadania

Durante a realização de entrevistas e grupos focais, quando indagados sobre o que é cidadania, um longo silêncio se fez sentir. Alguns responderam: “É a união de todos”, “São os direitos e deveres” e uma boa conversa se fez sobre o assunto, sintetizada no quadro abaixo:

Significações sobre a Cidadania

O que é ser cidadão	Como vê a sua participação na comunidade	O que pensa dos governantes	Grupos que participam	Se já ouviu falar sobre ECA
(Ter) direitos e (ser) direito	Oportunidade de vencer a timidez	Eles só pensam neles	Agente jovem	Já ouviu falar
Ser trabalhador	Desenvolvimento de potencialidades	São ladrões	Grêmios estudantis	Protege o adolescente
Ter uma família	Aprendizagem	São corruptos	Projetos sociais	
Ter vida digna		Não cumprem o que prometem		
Respeitar a comunidade				
Respeitar uns aos outros				

O tema da cidadania é por essência abstrato e teórico. A cidadania, sintetizada aqui como participação política e social, garantia de direitos e deveres foi colocada entre os jovens de modo superficial. A noção de cidadania é, portanto, colada ao de democracia, que por sua vez se define como um regime pelo qual a soberania pertence ao conjunto dos cidadãos. Por isso, fazer valer os direitos dos cidadãos é fundante, embasado desde a formulação dos direitos naturais e dos cidadãos nos séculos XVII e XVIII.

A tradição de participação e luta por direitos à moradia no Lagamar desde a sua ocupação, na década de 50, não é mais vivenciada pelos seus moradores, em especial os adolescentes entrevistados. Novas formas de atuação são concebidas e vivenciadas como a participação nos projetos sociais, entre eles a Fundação Marcos de Bruim e a atuação nos grêmios estudantis.

O significado moral de cidadania é uma questão relevante no discurso dos adolescentes entrevistados. Ser cidadão “é ser bom”, “ser honesto”, “respeitar os outros” “ser trabalhador”, numa distinção clara entre aqueles classificados como “malandros” e os honestos. Mais uma vez, a realidade do lugar aparece como divisor de água, apesar de todos viverem a mesma realidade social, o Lagamar notadamente dividido entre aqueles que cometem atos infracionais e os que não cometem.

Como um lugar segregado, notadamente ausente de direitos sociais básicos e com elevados índices de violência exerce a cidadania?

Se a cidadania tem uma perspectiva moral, na visão dos adolescentes, o exercício da política, pertence aos políticos, e para eles “político é tudo igual, nenhum presta”. Desse modo, a política parece estar longe de suas vidas. Nem mesmo o exercício do voto foi mencionado como ação de cidadania.

A participação na comunidade se faz presente na vida dos adolescentes no próprio projeto Adolescente Cidadão e nas outras atividades desenvolvidas pela Fundação Marcos de Bruim.

É a filosofia política de Hannah Arendt (2003) que nos ajuda compreender a questão da cidadania enquanto poder. Para Arendt o poder está em oposição à violência. O sentido de poder em Arendt assemelha-se à democracia e cidadania, pois “é o poder que mantém a existência da esfera pública. O espaço potencial da aparência entre os homens que agem e que falam...” (p. 212). Desse modo, podemos inferir que a ausência de um sentido de coletivo, comunitário e de lideranças capaz de legitimar o poder faz com que a violência atue de modo intenso.

No pensamento de Arendt (2003), o espaço público é fundamentalmente o espaço do diálogo (que aqui pode ser compreendido nesse contexto como apropriação da fala). Como os adolescentes do Lagamar vivem no espaço público? De que modo eles manifestam seu pensamento e interação por meio do diálogo?

A “morte” dos espaços públicos de convivência, lócus da diversidade e da tolerância foi substituído por espaços privados típicos da sociedade de consumo. A perda paulatina dos espaços de convivência destruiu o diálogo político, transformando os cidadãos em meros consumidores. Numa sociedade em que o consumo foi elevado ao pedestal sagrado, este é o modo de inclusão social, que se faz às avessas, por meio de ações ilegais de atos infracionais.

Vive-se, portanto, uma crise de cidadania, que atinge não somente o Lagamar, mas a toda a sociedade. Crise esta que está intimamente ligada com o sentimento de falência da vida em comunidade e pela exacerbação do individualismo e do consumo.

Quando indagados sobre os seus sonhos e projetos para o futuro eles responderam “estudar”, “trabalhar”, “ser feliz”, “ter paz” entre outras respostas que os aproxima de tantos outros jovens do Brasil. No entanto, esses desejos não devem ser sonho, mas direitos garantidos a todos os cidadãos brasileiros.

5 Conclusões

O Lagamar é uma comunidade com uma população aproximada de 9 mil habitantes, sendo que, destes, 65% são jovens. A ocupação do Lagamar confunde-se com a de outras favelas da cidade, sua história é marcada pela exclusão social, pelo déficit habitacional, notadamente resultante de altas taxas de desemprego. Associado à pobreza, visível para quem anda em suas ruas, becos e vielas, os índices de violência do lugar ganharam a cena pública inicialmente na década de 90, destacando-se na imprensa como um dos bairros mais violentos de Fortaleza. A imprensa deu destaque às constantes disputas por pontos de vendas de drogas e as brigas entre as gangues, formada principalmente por adolescentes, assim como os vários casos de homicídios e assaltos realizados nos sinais de trânsito nas ruas adjacentes.

Ao longo do tempo, a violência tem protagonizado cena, ocultando as diversas ações da sociedade civil, movimentos religiosos e políticos organizados, associações e ONG presentes na comunidade resultando num estigma, que faz do Lagamar um lugar segregado do restante da cidade. De modo efetivo, o estigma de violento atinge os seus moradores, especialmente os jovens.

Devido a sua condição de bairro violento, é comum a ação da polícia realizando abordagens às pessoas consideradas “suspeitas”. Às vezes, os “suspeitos” são usuários de drogas que buscam no lugar um mercado amplo de venda, mas frequentemente são moradores da comunidade. Ser morador do Lagamar ou frequentar seus territórios na maioria das vezes pode significar para a polícia ações de delinquência ou de formação de gangues.

A pesquisa mostrou jovens que vivem o cotidiano da violência, naturalizando-a, e que, vivendo no cotidiano o estigma de ser jovem pobre da periferia, é violado em seus direitos sociais. A polícia foi apontada de modo ambíguo como produtora de violência e como mantenedora da ordem social. Ao mesmo tempo, os jovens reproduzem o discurso de crítica aos políticos e na desesperança com a política. Desse modo, eles se afastam dos movimentos sociais que fizeram a história do Lagamar.

Das lideranças comunitárias ouviu-se um tom de desesperança com relação aos jovens. As lideranças se ressentem de não ter mais o mesmo engajamento do passado, de ver os jovens pensando apenas em festas e bebidas, sem participação nos grupos existentes na comunidade.

Embora as formas de reivindicação como já fora dito alhures, não são mais as mesmas, as lutas foram institucionalizadas e aparecem nas práticas das ONG's. Os movimentos foram “desideologizados”, resignificados em ações práticas.

Os adolescentes sonham e tem desejos concretos, como viver em paz, terminar os estudos, que não deveria ser sonho, pois é um direito garantido pela CF, e ser feliz.

REFERÊNCIAS

ARENDRT, Hannah. **A Condição humana**. 10. ed. São Paulo, Forense Universitária, 2003.

DIÓGENES, Glória Maria dos Santos. **Cartografias da cultura e da violência** – gangues, galeras e o movimento hip hop. São Paulo: Annablume, 1998.

_____. **Itinerários de corpos juvenis: O tatame, o jogo e o baile**. São Paulo: Annablume. 2003.

FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de sociologia jurídica**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

LEÃO, Andréia Borges. Batman – o retorno da violência na ordem e na desordem. **Revista de Ciências Sociais**, v. XXIII e XXIV, n. 1 e 2, 1992 e 1993.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2002.

Censo Lagamar 2006. **Fundação Marcos de Bruim**. Fortaleza, 2006. *mimeo*.

**A REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO EM
FACE DA REFORMA DO SISTEMA BRASILEIRO DE
DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC)**

RAMSÉS MACIEL DE CASTRO¹

Resumo: A repressão ao abuso do poder econômico, no Brasil, embora prevista constitucionalmente e regulamentada desde 1994 pela Lei 8.884, ainda é ineficaz. O atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é frágil, moroso e ineficiente, não enfrentando devidamente a concentração empresarial e, por consequência, propiciando o aumento arbitrário dos lucros, o domínio de mercado por poucos, o aumento de preços, o retardamento dos avanços tecnológicos, a minoração do número de empregos, entre outros fatores. Neste artigo, são apontadas fragilidades do atual SBDC, especialmente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em face dos princípios econômicos constitucionais, notadamente os da livre iniciativa e da livre concorrência e, por fim, são destacadas as propostas reformistas do Projeto de Lei nº 5877, em tramitação desde 2005, analisando-se os pontos positivos e negativos do mesmo.

Palavras-chave: Abuso do Poder Econômico; concentração econômica e empresarial; livre iniciativa; desigualdades sociais e regionais; SBDC.

Abstract: The repression of the economic power abuse, in Brazil - although constitutionally provided and regulated since 1994 by Law 8.884 - is still ineffective. The current Brazilian System of Competition Defense is fragile, slow and inefficient, not properly facing the business centralization, and, as a result, providing the arbitrary increase of profits margin, the domination of the market by a few, and, price increase, halt of the technological growth, decrease in the number of job vacancies, among other factors. In this paper, fragilities

¹ Professor de Direito Ambiental e Urbanístico e Filosofia do Direito da Faculdade Asa de Brumadinho, mestrando pela Fumec, especialista em Direito Público e em Direito Social pela Anamages, Advogado; Newton Paiva, Bacharel em Direito pela PUC/MINAS e em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro/MG.

of the current SBDC are pointed out, especially those of the Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), in face of the economic constitutional principles, specifically those of free enterprise and free competition. Finally, the reformist proposals of the Draft Law N° 5.87, underway since 2005, are focused, analyzing the positive and negative points of them.

Key words: Economic Power Abuse; economic and business concentration; free enterprise; social and regional inequality; SBDC.

1 INTRODUÇÃO

Diante da histórica concentração de riquezas e da aviltante desigualdade social existente em nosso País, a Constituição da República de 1988 estabeleceu princípios sociais econômicos, visando reprimir o abuso do Poder Econômico para assegurar existência digna a todos e estabelecer a desejada justiça social.

Em 1994, foi promulgada a Lei de Proteção da Concorrência (Lei 8.884/94), regulamentando a repressão ao abuso do Poder Econômico. No entanto, o aparato legal e institucional vigentes se revelaram insuficientes para a implementação dos comandos econômico - constitucionais. Para tornar eficaz a repressão ao abuso do Poder Econômico está em tramitação o Projeto de Lei 5.877/05, que reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica. Diante dessa realidade, o presente artigo debaterá sobre problemas enfrentados pelo atual Sistema de Defesa da Concorrência e as soluções apontadas pelo referido Projeto de Lei.

Em face da ineficácia do atual Sistema, o presente artigo discutirá algumas das alterações propostas, bem como as perspectivas positivas e as negativas dessas reformas pretendidas.

2 A Realidade Brasileira: Desigualdade, Pobreza e Concentração de Riquezas

O uso adequado do Poder Econômico, direcionado para o bem coletivo, deve ser incentivado pelo Estado, o qual deve criar condições para o desenvolvimento das atividades econômicas, assegurando a livre iniciativa e promovendo os valores sociais do trabalho.

A concentração econômica, indubitavelmente, é uma das maiores causas de injustiça social no Brasil e no mundo. No Brasil, os 20% dos mais ricos possuem renda superior a vinte vezes à renda dos 20% mais pobres. As políticas econômicas estatais favoreceram e favorecem o aumento desse desequilíbrio. Em pesquisa realizada pelo Instituto de Desenvolvimento Humano Sustentável da PUC/Minas, em 2003, verificou-se que 30,7% da população brasileira vive abaixo da linha de pobreza, ou seja, percebem renda inferior a 1/2 (meio) salário mínimo e 11,41% possui renda inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

A economia de mercado não deve se desenvolver num vazio institucional, jurídico e político, devendo o Estado intervir na economia com o objetivo de “...assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”, nos termos do caput do artigo 170 da atual Constituição da República. A necessidade de intervenção estatal na economia é clarividente, como explicitado por Ricardo Antônio Lucas Camargo (2007, p. 42):

A intervenção do Poder Público sobre o domínio econômico, em se tratando dos comandos de natureza imperativa ou proibitiva, parte do pressuposto de que a ausência de enunciados normativos heterônomos a incidir sobre aquela determinada ação jurídica pode conduzir ao próprio comprometimento da estabilidade do sistema econômico pela destruição das bases de sua legitimidade, o que necessariamente conduz aos cuidados a serem tomados quando se fala na denominada “desregulamentação”.

O Estado tem, em face dessa triste realidade, o dever de adotar políticas econômicas para alcançar um dos objetivos fundamentais da República estabelecido constitucionalmente, qual seja: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;” (art. 3º, III, CR/1988).

Entretanto, ocorre que mais de 50 milhões de brasileiros vivem desumanamente abaixo da linha da pobreza. Consoante, observa o Professor Giovanni Clark (2004, p. 46):

No Brasil, a 5ª população da Terra, o genocídio é implantado através das ditas políticas econômicas norteadas pelos interesses das elites econômicas internacionais com o beneplácito das nacionais, desvinculadas dos ditames da Carta Magna de 1988.

A concentração econômica é um dos resultados do liberalismo econômico o qual entendia que os agentes econômicos, agindo livremente no mercado, naturalmente se controlariam, dispensando, portanto, a intervenção do Estado na economia. No entanto, a crescente e descontrolada concentração econômica nos provou que as premissas do liberalismo estavam equivocadas. Nesse sentido, lúcida é a lição de Washington Peluso Albino de Souza (2003, p. 240):

A aceitação da livre concorrência como ‘lei natural do mercado’, conduzindo ao domínio final por um vencedor único, ou por pequeno número de concorrentes, permitiu a revelação de um fato fundamental nesse mecanismo, que se configurou na ‘lei econômica da concentração’. (...) Dessa forma, chegou-se aos expedientes aperfeiçoados que a teoria econômica liberal não esperava que pudessem efetivar-se, pois imaginava a renovação natural, automática e permanente dos concorrentes, na medida em que os derrotados fossem afastados e se abrissem oportunidades para os que os substituíssem.

O poder econômico deveria, segundo a ordem constitucional, ser utilizado respeitando-se os princípios elencados pelo artigo 170 da Lei Maior, dentre os quais destacamos os de cunho eminentemente social: função social da propriedade, defesa do consumidor, do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. Esses princípios econômico-sociais, porém, ficaram sufocados pela prevalência dos valores capitalistas, os quais propiciaram o abuso e não o uso do poder econômico.

Segundo Sérgio Varella Bruna (1997, p. 171), o abuso do poder econômico é “a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que ocorreria em regime concorrencial puro, que se expressa não só, mas fundamentalmente, através da capacidade de controlar preços de mercado.”

Infelizmente, a tendência gananciosa de acumular riquezas à custa da exploração do trabalho alheio faz-se presente na humanidade no decorrer da história. Conclusão sapientíssima é a contida no Evangelho

de Jesus Cristo segundo São Mateus, Capítulo 6, versículo 24: “Ninguém pode servir a dois senhores. Porque, ou odiará a um e amará o outro, ou será fiel a um e desprezará o outro. Vocês não podem servir a Deus e às riquezas”. Essa advertência feita por Jesus Cristo, porém, não é ouvida por muitos que se deixaram cegar pela ambição e seguem obstinados vivendo egoisticamente.

De fato, nossa realidade difere muito da constitucionalmente almejada justiça social traduzida numa sociedade fraterna. Essa esperada solidariedade é lapidarmente descrita por Jurgen Habermas (2002, p.42): “...os indivíduos esperam uns dos outros uma igualdade de tratamento, que parte do princípio de que cada pessoa considere cada uma das outras como ‘um dos nossos’. A partir dessa perspectiva, justiça significa simultaneamente solidariedade.” As gritantes disparidades sociais e regionais brasileiras, no entanto, demonstram o quão distante estamos dos objetivos fundamentais da República, previstos no artigo 3º de nossa Carta Magna.

3 Os Princípios da Ordem Constitucional Econômica e a Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência também favorecem o desenvolvimento do País, inclusive protegendo às empresas de pequeno porte e aos consumidores, vez que propiciam o ingresso e a permanência de um maior número de produtores e fornecedores no mercado, o que conseqüentemente incentiva o incremento da qualidade e o declínio ou estabilidade dos preços, bem como o aumento da empregabilidade.

Com a expansão da concentração econômica, reduziu-se a participação das pequenas e médias empresas no mercado e, conseqüentemente, minorou-se o número de empregos, vez que um grande número de empresas de pequeno porte gera muito mais empregos que um reduzido número de grandes empreendimentos. Essa política econômica é a denominada “*concentração consentida*” ou “*concentraccionista*” segundo Gerad Farjat (1979), em contraposição à intervenção social ou protetora, a qual reprime o abuso do poder econômico.

A política concentracionista, portanto, conduz à atual fase de eliminação dos empregos, denominada de horror econômico pela autora francesa Viviane Forrester (1997, p. 16), a qual preleciona: “...para além da exploração dos homens, há algo ainda pior: a ausência de qualquer exploração (...) não sendo sequer exploráveis, nem sequer necessários à exploração...”, ou seja, vivemos numa era em que, para o mercado, os homens são descartáveis e dispensáveis. Ricardo Antônio Lucas Camargo (2000, p. 310) sintetiza bem a realidade deletéria do concentracionismo: “O culto ao mercado, contudo, pressupõe uma classe de seres inúteis, descartáveis, que estão condenados a desaparecer para a maior glória do seu deus.” Essa é uma triste realidade que atenta inclusive contra um dos fundamentos da República: a dignidade da pessoa humana.

Em relação ao princípio da livre iniciativa, Celso Ribeiro Bastos (2004, p. 127) declina que:

...cumpre deixar claro que quando o Estado ofende, por qualquer forma, a liberdade de iniciativa ele acaba por estimular a formação de monopólios em flagrante arrepio aos princípios constitucionais definidores da ordem econômica. De outra parte também é importante deixar certo que as restrições que possam ser criadas aos princípio da livre iniciativa têm caráter absolutamente excepcional e somente podem emergir das hipóteses expressamente previstas na Constituição ou implicitamente por ela autorizadas.

Ainda no tocante à livre iniciativa, é importante notarmos que se trata de princípio que alcança tanto a valorização do livre trabalho humano (liberdade de escolha do cidadão acerca de sua atividade laboral) quanto a proteção da liberdade dos agentes econômicos ingressarem no mercado, como bem esclarece Eros Roberto Grau (2003, p. 194): “...livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho.”

A livre iniciativa e a livre concorrência estão intimamente ligadas, sendo que não há livre concorrência sem livre iniciativa. Esses princípios favorecem a existência de um mercado onde haja preço justo e mais qualidade, evitando que o domínio do mercado por poucos ou por um só

agente leve esses agentes a abusarem de sua posição dominante aumentando arbitrariamente os lucros. Como ensina o Professor Giovanni Clark, em sua notável obra “O Município em Face do Direito Econômico”, os dois princípios ora estudados não se confundem, sendo complementares entre si (2001, p. 126):

A livre iniciativa garante o acesso à luta pelo mercado, “democratizando” a entrada nele, sendo assim um dos pilares fundamentais do capitalismo. Diferentemente, a livre concorrência é a garantia da sobrevivência de todos os agentes econômicos que estão ou querem chegar ao mercado (...) A livre concorrência destina-se a criar condições possíveis de disputa do mercado, em um ambiente onde existem concorrentes com força e tamanho diferentes, fomentados pela livre iniciativa. Busca, assim, por intermédio do Direito, criar condições de disputa entre desiguais.

Acerca da livre concorrência, por fim, é importante sublinhar as mudanças ocorridas com o advento do Mercosul. Nasce a necessidade de termos uma legislação antitruste unificada a nível regional, pois os abusos do poder econômico ocorrem, agora, também em âmbito internacional. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos (2004, p. 153) leciona que:

A livre concorrência é um princípio que deve a todo custo ser preservado dentro do Mercosul, pois a existência de condutas econômicas contrárias à livre concorrência acaba por impedir a livre circulação de bens e serviços entre os Países membros.

O abuso do poder econômico tem variadas facetas, sendo toda forma de atividade de eliminação da concorrência, domínio dos mercados ou aumento arbitrário dos lucros. Note-se, ainda, que “... o abuso do poder econômico não ocorre apenas no exercício do poder daquele que detém o capital, mas também daquele que controla a técnica pertinente.” (1987, pp. 57-58), consoante dissertou Ives Gandra da Silva Martins já em 1987 em seu livro “Direito Tributário e Econômico: Pareceres sobre a nova ordem econômica”.

A nossa Constituição da República, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, no parágrafo 4.º do artigo 173 assevera que “a

lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. No entanto, essas condutas que deveriam ser reprimidas por lei e pelos aparatos estatais não o são. Nossas políticas econômicas, especialmente antes da nova ordem democrática, favoreceram sobremaneira a concentração econômica. Como lembra Gilberto Bercovici (2005:30): “...a política econômica do regime militar era francamente favorável à concentração empresarial e à formação de conglomerados.”

Ainda de acordo com o § 4º do artigo 173, pertinente é a observação de Fábio Ulhoa Coelho (2004, p. 213): “Ora, não é feita específica referência no texto constitucional à limitação, ao falseamento e ao prejuízo da livre concorrência, que são formas de eliminação parcial e não total da competição.” Seguindo o raciocínio, o ilustre autor pondera que há autores que advogam a tese de que a Constituição da República teria considerada abusiva apenas a eliminação total da concorrência. Por fim, o Professor conclui que as formas de eliminação parcial também são alcançadas pelo dispositivo constitucional em comento, sendo, portanto, também rechaçadas pela Constituição Econômica.

Além do fenômeno da concentração histórica, vivemos na década de 90 profundas mudanças no papel do Estado, como ressaltam FARINA & AZEVEDO (2001, p. 513): “os mecanismos de garantia da concorrência ganharam importância no Brasil durante a década de 90, após mudanças no papel do Estado e abertura da economia”. O papel do Estado em face da economia sofreu radicais mudanças, realçando-se o papel regulatório, como destaca Vital Moreira (1997: 38): “...há uma relação inversa entre a atividade econômica do Estado e sua atividade regulatória: a redução do papel do Estado normalmente implica o aumento da regulação.” Infelizmente, essa nova diretriz econômico-constitucional ainda não propiciou o almejado desenvolvimento sustentável e equilibrado de nossa economia.

Diante dessa realidade foi promulgada a chamada Lei Antitruste, a lei nº 8.884 de 11 de julho de 1994, que visa garantir a livre concorrência, de modo a permitir a entrada, permanência e convivência de grandes e pequenas empresas no mercado, o que notadamente favorece aos consumidores tanto no tocante aos preços quanto concernentemente à

qualidade, além de propiciar um maior número de empregos no País. Cumpre ressaltar, portanto, que a lei de concorrência brasileira não é uma lei contra o regime capitalista, mas um condicionamento ao regime capitalista como bem ensina o Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca (2007, p. 97-98):

A legislação de defesa da concorrência situa-se num quadro de preservação do adequado funcionamento da economia de mercado, não pretendendo ser uma força anti-mercado. Aceito o pressuposto de uma economia em regime capitalista, não há como fugir à existência e às exigências do mercado. Até mesmo o processo de socialização, de distribuição dos benefícios da atividade econômica, deve passar pelo mercado.

A lei 8.884/94, portanto, ao prever a repressão de variadas formas de infração contra a ordem econômica (trustes, cartéis, etc.) buscou assegurar a eficiência, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade dos bens ou serviços e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, sob variados aspectos, especialmente evitando-se a injusta transferência de riqueza do consumidor ao fornecedor. Como salientamos em recente artigo nosso publicado pela Revista Magister, “...o CADE é um órgão de intervenção administrativa na área privada, cabendo a ele garantir a livre iniciativa e a liberdade concorrencial no País, aplicando sanções a aqueles agentes econômicos que abusarem do poder econômico.” (2007, p. 22).

Portanto, para que se mantivesse a garantia de um mercado justo e competitivo, a Lei 8.884/94 concedeu ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica poderes para reprimir e prevenir condutas de abuso do poder econômico. Como bem destaca Hely Lopes Meirelles, o artigo 20 da Lei Antitruste indicou as quatro modalidades mais expressivas de abuso a serem combatidas, independentemente de culpa dos agentes: “I- limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II- dominar mercado relevante de bens ou serviços; III- aumentar arbitrariamente os lucros; IV- exercer de forma abusiva posição dominante.” Dessa maneira, o agente econômico que lesar o princípio da livre concorrência, de acordo com Ives Gandra (1987, p. 60) estará sujeito a punições

administrativas e civis: “Quem pretender eliminar a concorrência, utilizando-se da mais variada gama de recursos e obtiver o resultado, estará sujeito a ser punido administrativamente ou a ressarcir os prejuízos causados judicialmente...”.

Note-se que o legislador estabeleceu para tais condutas a responsabilidade objetiva, dispensando-se, dessa maneira, o dever de se provar a culpa do agente. Além da lei referida, dentre outras, cabe ainda destacarmos a lei 10.149/2000 que autorizou o acordo de leniência com infratores que colaborem com as investigações por meio da delação de co-autores e de informações que colaborem efetivamente com a comprovação das acusações.

4 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PROBLEMAS ATUAIS E OS APONTAMENTOS REFORMISTAS

Atualmente, o sistema de defesa da concorrência conta com três estruturas que se complementam: a Secretaria de Direito Econômico (SDE), ligada ao Ministério da Justiça, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), subordinada ao Ministério da Fazenda, e o CADE, que é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

O atual desenho institucional do SBDC é ineficiente, havendo excesso de órgãos com redundância de atribuições e alta rotatividade de pessoal, dificultando a formação de corpo técnico especializado.

Pela lei atual, independentemente da complexidade, todo e qualquer novo processo começa passando pelos crivos da SDE e da Seae, para, por fim, ser julgado no CADE. Na nova composição, a Seae deve deixar o sistema. A SDE e o CADE, por sua vez, seriam fundidos em um organismo com duas instâncias. Na primeira, haveriam um diretor-geral, munido de um corpo técnico, com autonomia para despachar casos mais simples. Na instância superior ficará o conselho, que atuará como um tribunal apenas nas decisões mais complicadas. Assim, a meta é que os julgamentos sejam bem mais céleres, ocorrendo em, no máximo, quatro meses. O Projeto de Lei 5.877/2005, portanto, procura valorizar o julgamento dos processos realmente complexos, cabendo ao Tribunal julgar apenas estes, deixando os mais simples para o Superintendente Geral do CADE.

Quanto à natureza das decisões do CADE, Maria Izabel Andrade Cardoso (2005, p. 56) discorre sobre o dever de se escolher a melhor opção e não a que mais agrada a quem decide:

A valoração que faz o CADE por certo não é intangível, porquanto a liberdade de agir só pode ser exercida no cumprimento do dever de buscar a melhor solução que o legislador não pôde fixar, pois só esta atenderá ao interesse público específico – a defesa da concorrência – ditado pela norma.

Portanto, mesmo os atos discricionários estão sujeitos a controle, devendo estar em conformidade com o direito positivo e com os princípios do Direito.

Não obstante, os avanços legislativos citados ainda há grande necessidade de se aperfeiçoar tanto a legislação quanto a própria atuação dos órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, especialmente do CADE, o qual é ineficiente, conforme constatação de renomados estudiosos, dentre os quais citamos o Professor Giovanni Clark (1994, p. 48):

Infelizmente, o CADE é ineficiente e moroso, por isso temos a convicção de que o mesmo deve ser reestruturado, ganhando novos poderes e agilidade para a execução de suas funções, bem como o aumento do número de seus membros para facilitar a representação e participação de outros segmentos da sociedade civil organizada.

Os problemas envolvendo o Direito Concorrencial têm agravado com grande evidência no Brasil. Estudos estatísticos do CADE revelam que de 1994 a 2004 o número de processos julgados anualmente pela referida autarquia aumentou de 17 para 782, refletindo uma variação de 4.600% no período. Esse fenômeno repercutiu diretamente no volume de processos judiciais envolvendo o CADE. Segundo dados coletados por Maria Isabel A. L. Cardozo, em 1997 existiam 70 ações judiciais em que o Conselho Administrativo figurava como parte, sendo que tal número saltou para 728 em 2004, o que significou um aumento percentual de 1.040% no volume do contencioso judicial envolvendo a citada autarquia. Assim, o CADE necessita de uma estrutura e pessoal aptos para interagir com o Judiciário.

Um sério problema envolvendo o SBDC consiste na pouca eficiência da atuação preventiva aos atos anticoncorrenciais. O enfoque ainda continua na repressão, ou seja, na atuação a posteriori por parte dos órgãos de defesa da concorrência. Fusões e aquisições entre empresas deveriam ser analisadas previamente, como na maioria dos países desenvolvidos, não depois que o negócio (fusão ou aquisição) foi fechado, o que dificulta a reversão de prejuízos aos consumidores e empresários.

Para se resolver tais dificuldades, propuseram-se recentemente Projeto de Lei de Reforma do SBDC o qual recomenda uma série de alterações na lei 8.884/94. Tal reforma, como elucida o Professor Vicente Bagnoli (2007, p. 28), tem como alguns de seus objetivos “tornar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência mais seletivo na análise de concentrações e rigoroso no combate aos cartéis, mas sobretudo, trazer maior celeridade aos sistemas.”.

A reforma proposta para o SBDC decorre da patente fragilidade da defesa da concorrência no País, sendo as palavras de Gesner Oliveira (2001, p. 12) assaz reveladoras:

Nos órgãos que integram o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, vários processos terminam por serem arquivados em virtude de má definição do objeto de investigação, desrespeito ao contraditório, entre outras falhas processuais.

Atualmente, a atuação dos órgãos do SBDF subdivide-se em três tipos: I - preventiva, através do controle de estruturas de mercado, via apreciação de atos de concentração (fusões, aquisições e incorporações de empresas); II - repressiva, através do controle de condutas ou práticas anticoncorrenciais, destinada a verificar a existência de infrações à ordem econômica (dentre outras, as vendas casadas, os acordos de exclusividade e a formação de cartel); e III - educacional, destinada a difusão da cultura da concorrência.

O atual SBDC tem conferido ênfase excessiva à análise de atos de concentração (os quais em mais de 90% dos casos não apresentam qualquer prejuízo à concorrência), em detrimento da repressão a condutas anticompetitivas. No entanto, em razão de seu maior potencial lesivo aos consumidores, a repressão a condutas anticompetitivas deveria ser privilegiada.

A prática de cartel é universalmente reconhecida como a infração mais danosa aos consumidores ao diminuir a oferta de produtos e elevar seus preços. Transfere renda dos consumidores para os produtores. Os cartéis prejudicam não apenas os consumidores finais, mas também a economia como um todo, pois inibem a atividade econômica e drenam recursos passíveis de serem destinados às finalidades produtivas.

No novo SBDC, o controle das concentrações, hoje realizado “*a posteriori*”, passará a ser prévio. Deixa de existir o critério baseado no domínio de parcela de mercado (20%), causador de insegurança jurídica às empresas quanto à necessidade de notificação. O novo modelo converge para as melhores práticas internacionais. O tribunal do CADE, a ser instituído na feição de um tribunal administrativo, não mais examinará **todos os** casos de notificação de atos de concentração, pois a maioria deles não é prejudicial à concorrência e poderá ser decidido, na órbita do próprio CADE, pelo seu superintendente-geral. Assim, os casos mais relevantes (que são a minoria) poderão ser apreciados com maior atenção.

Na *Federal Trade Commission* dos EUA, aproximadamente 70% das operações notificadas não são submetidas a qualquer análise pelos “*commissioners*”, segundo o ministro da Justiça Márcio Tomaz Bastos.

Conforme vimos em artigo recentemente publicado pela Editora Magister e no site www.ramsesdecastroconcurso.com.br, o CADE é um Tribunal Administrativo, não cabendo das decisões dele nenhum recurso no âmbito do Poder Executivo. Não obstante, é ao Judiciário que cabe a última palavra caso acionado. Como salienta Fernando de Magalhães Furlan (2002, p. 31):

É ao Judiciário que cabe, em última instância, a aplicação da lei antitruste, considerando o inarredável sistema pátrio da jurisdição única. O amadurecimento da interpretação dos critérios e hipóteses previstos na legislação específica da concorrência depende não somente do debate no âmbito dos órgãos responsáveis pela jurisdição administrativa, mas especialmente do intercâmbio exegético entre autoridades administrativas e judiciárias.

Indubitavelmente, portanto, em nosso sistema de jurisdição una, o controle jurisdicional é admitido em relação a toda atividade administrativa, seja vinculada ou discricionária, apenas não adentrando no mérito das decisões administrativas. Acerca desse tema, discorre Germana de Oliveira Moraes (1999:153):

... todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e o resultante da valoração de conceitos indeterminados, é suscetível de revisão judicial, muito embora nem sempre plena, por meio da qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios gerais do Direito, para além da verificação dos aspectos vinculados do ato.

Acerca do Projeto de Lei ainda em tramitação, alguns embates estão atrasando a votação do mesmo. Tais embates, a nosso sentir, não consistem em pontos nevrálgicos da questão concorrencial e não justificam a lentidão para que tal Projeto seja votado. A questão do mandato do Superintendente Geral do Conselho ser de dois ou de quatro anos e se ele terá mais ou menos poder, decidindo sozinho acerca das fusões simples (que hoje representam 90% dos casos) não deveria emperrar a votação do Projeto que envolve questões muito mais significativas.

Faz-se mister, realmente, tornar o SBDC mais apto a responder ao crescente volume de atos de concentração econômica, sendo que alterar a forma de como serão analisados os processos de fusão e aquisição será uma solução, pois a análise anterior ao ato de concentração evitará que as empresas depois de já terem se associado corram risco de terem de desconstituir tais atos.

Com relação à viabilidade prática da análise prévia, será preciso, dentre outros aspectos, que o novo CADE tenha um enorme aumento no quadro de pessoal. Para tanto, o projeto de lei nº 5.877 prevê a criação de 200 novos cargos, de modo que a estrutura não emperre.

A desconstituição é, portanto, extremamente complicada de ser desfeita. Recentemente, isso ocorreu com a compra da Garoto pela Nestlé. O caso se arrastou por dois anos antes do CADE considerá-lo nocivo à concorrência no setor de chocolates, sendo que a Nestlé, nesse interregno de tempo, já integrara as operações da Garoto.

O Projeto de Lei nº 5.877 traz várias propostas de mudanças positivas, não obstante as falhas apontadas anteriormente. Que as mudanças previstas sejam realmente eficazes, não consistindo em mais um fetiche ou, conforme nos alerta Giovani Clark, em seu notável artigo O Fetiche das Leis: “O que realmente necessitamos é de que as leis sejam vividas, ou melhor, tenham eficácia no mundo real do ser e, não continuem no universo do imaginário legal do dever ser.” (2004, p. 58).

5 Considerações Finais

Diante do exposto, restou claro ser indispensável o aperfeiçoamento da defesa de concorrência no Brasil, sendo necessário melhorar o controle preventivo e repressivo, tanto administrativa quanto judicialmente. Para tanto, a reestruturação legal do SBDC é um primeiro dentre outros necessários passos para o fortalecimento da economia e da sociedade brasileiras.

Não obstante, o Projeto de Lei 5.877/05 carregue consigo limitações, tais como a não previsão de mecanismos de integração da economia brasileira com as dos demais países (especialmente os integrantes do Mercosul), ele traz várias importantes inovações, as quais poderão contribuir para o desenvolvimento econômico equilibrado, a diminuição do desemprego estrutural, a evolução tecnológica, estabilidade dos preços, a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais e regionais e o incentivo e proteção às micro e pequenas empresas, entre outros fatores.

Assim, a Reforma do SBDC, especialmente quanto às novas competências do CADE, apresenta respostas, ainda que limitadas, aos principais problemas enfrentados pelo Direito Concorrencial, principalmente no que concerne ao controle das concentrações empresariais.

REFERÊNCIAS

BAGNOLI, Vicente. O Irrestrito Devido Processo Legal: Reflexões a Partir do Caso Nestlé-Garoto. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 15, p. 22-29, jun./jul. 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2005.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Edição Pastoral. São Paulo: Editora Paulus, 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizada por Nuno Miguel Branco de Sá Viana Rebelo. Belo Horizonte: Leiditathi, 2007.

BRASIL. **Lei 8.884 de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia federal e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

BRUNA, Sérgio Varela. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito econômico, direitos humanos e segurança coletiva**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2007, 408 p.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Apontamentos sobre regulação e política econômica: a modernidade medieval. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 37, p.263-311, 2000.

CARDOSO, Maria Izabel Andrade Lima. **Discricionariedade e controle jurisdicional no direito da concorrência pós-constituição de 1988**. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2005.

CASTRO, Ramsés Maciel de. Controle Jurisdicional do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 16, p. 11-23, ago./set. 2007.

CLARK, Giovani. Genocídio Econômico. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1 Região**, ano XVI, n. 01, janeiro de 2004, p. 45-49.

CLARK, Giovani. **A Proteção do consumidor e o direito econômico**. Belo Horizonte: Editora Interlivros Jurídica, 1994.

CLARK, Giovani. O Fetiche das Leis. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1 Região**, ano XVI, n. 9, setembro de 2004.

CLARK, Giovani. **O Município em face do Direito Econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 280p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 8. edição. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

FARINA, E. M. M. Q; AZEVEDO, P. F. **Política Industrial e defesa da concorrência: a experiência brasileira dos anos 90**. Niterói/RJ, 2001, v.2, n.2, p. 513.

FARJAT, Gerard. **Droit économique**. Paris: Universitaires de France, 1971. 443p.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: Comentários à legislação anti-truste**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORRESTER, Viviane. **O horror econômico**. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 1997. 154p.

FURLAN, Fernando de Magalhães. **A aplicação das leis Antitruste no poder judiciário brasileiro.** Artigo publicado no jornal Valor Econômico, em 30 de setembro de 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 8. edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Verdad y justificación.** Madrid: Trotta, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito tributário e econômico: Pareceres sobre a nova ordem econômica.** São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1987.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública.** São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública.** Coimbra: Almedina, 1997.

OLIVEIRA, Gesner & RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. **Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias.** Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 30 de outubro de 2007.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico.** São Paulo: LTr, 2005.

UMA ANÁLISE DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ANA PAULA DE OLIVEIRA ADRIANO¹

Resumo: O presente trabalho analisa a evolução dos institutos jurídicos da prescrição e da decadência no ordenamento jurídico brasileiro, considerando quatro momentos distintos: o Código Civil de 1916, o Código de Processo Civil, o Código Civil de 2002 (em vigor) e as recentes alterações do Código de Processo Civil, notadamente aquelas introduzidas pela Lei n.º 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. Em relação à decadência, conclui-se que atualmente existe uma disciplina própria do instituto, separando-a definitivamente da prescrição. Quanto à prescrição, é pacífico o entendimento que ela atinge a pretensão. Entretanto, com as recentes reformas do Código de Processo Civil, algumas questões referentes à prescrição ainda precisam ser bastante debatidas pelos juristas e operadores do direito.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Processual Civil. Prescrição. Decadência.

Abstract: The present work analyzes the evolution of the juridical institutes of prescription and decadence in the Brazilian juridical ordination, considering four different moments: the Civil Code of 1916, the Civil Process Code, the Civil Code of 2002 (actually valid) and the recent changes in the Civil Process Code, mainly those introduced by the Law n.º 11.280 of February, 16th 2006. About the decadence, we conclude that actually there's a specific subject of the institute, separating it definitely from the prescription. About the prescription, it is peacefully understood that it reaches the goal. However, with the recent reformulations of the Civil Process Code, some questions about the prescription still need to be more discussed among jurists and law operators.

Key words: Civil Law. Civil Procedural Law. Prescription. Decadence.

¹ Advogada. Especialista em Processo Civil pela Faculdade Farias Brito e graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza.

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho, será analisada a evolução dos institutos da prescrição e da decadência no ordenamento jurídico brasileiro, à luz das construções legais e doutrinárias.

Muito embora a prescrição e a decadência sejam institutos jurídicos de direito material, são tratados com bastante frequência pelo Código de Processo Civil. Assim é possível reconhecer as regras que tratam da prescrição e da decadência situadas no Código de Processo Civil a característica de normas heterotópicas. Normas heterotópicas são normas de direito material veiculadas em códigos ou leis que regem o direito processual ou vice-versa.

Além do mais, as figuras da prescrição e da decadência por terem sido tratadas pela doutrina nacional, durante muito tempo, sem uma distinção clara entre ambas merecem uma análise histórica conjunta.

O Código Civil de 2002 constitui um marco na definição do conceito de prescrição, ao associá-lo à extinção da pretensão, assim como na definição, a partir de critérios objetivos, dos casos de decadência, representando um grande avanço no pensamento jurídico. Contudo, as reformas que vem sofrendo o Código de Processo Civil, contemplando o valor da celeridade em detrimento da constituição regular e do desenvolvimento do processo, desconsideram a construção doutrinária desde Savigny.

2 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO Código Civil DE 1916

A prescrição, caracterizada pela inércia do credor no decurso de certo lapso temporal, cria uma exceção de defesa para o réu, oponível de acordo com sua vontade, levando em consideração a voluntariedade do ato de defesa. Desta forma, é a tutela judicial ao direito violado que irá se extinguir em virtude da inércia do titular e com o decurso do prazo prescricional determinado por lei. A prescrição não tem o condão de extinguir direito material, apenas afasta a possibilidade do credor se valer da coercibilidade, característica do Poder Judiciário, para impor ao devedor o cumprimento da prestação.

A decadência, por sua vez, elimina o direito de onde advém a pretensão, sendo considerada, portanto, uma objeção. Por extinguir exatamente o direito material do autor da ação, dispensa a arguição da mesma por parte do beneficiado. Por isso, o juiz tem obrigação de pronunciá-la, pois esta atinge o próprio direito material.

Entretanto, o Código Civil de 1916 não estabeleceu uma diferença clara entre a prescrição e a decadência. Um exemplo disso é a frequência com que o legislador se refere à “prescrição da ação”: “prescreve em X anos a ação para...”; ou ainda alguns doutrinadores como Washington de Barros Monteiro (*apud* BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 96) ao dizer que “a prescrição atinge diretamente a ação...”.

2.1 Contribuição do professor Agnelo Amorim Filho para a distinção entre prescrição e decadência

No seu conhecido artigo *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*², o professor Agnelo Amorim Filho estabeleceu, de maneira clara e incontestável, a distinção entre prescrição e decadência, não se limitando apenas a afirmar que uma atinge o direito e outra atinge a ação, mas considerando as espécies de direitos subjetivos e as respectivas ações que se prestam a tutelar os mesmos.

Partindo-se das categorias de direitos subjetivos, segundo classificação de Chiovenda, tem-se: 1) os *direitos a uma prestação*, que correspondem a uma prestação (positiva ou negativa) devida pelo sujeito passivo, como no caso dos direitos reais e pessoais; 2) os *direitos potestativos*, que consistem no poder conferido ao titular de exercitar o seu direito, sem depender da atuação do devedor, através de declarações unilaterais de vontade destinadas à produção de um efeito jurídico e que criam um estado de sujeição para um terceiro, a exemplo da revogação de mandato ou doação, da anulação de negócio jurídico, do requerimento de interdição de outrem.

Em seguida, Agnelo Amorim Filho relacionou as categorias de direitos subjetivos com um tipo de ação correspondente³. Para a tutela dos direitos a uma prestação, o credor poderá utilizar a ação *condenatória*, uma vez que sua finalidade é impor ao devedor o cumprimento da prestação devida. A ação *constitutiva*, por sua vez, é destinada à criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica anterior, servindo para tutelar os direitos potestativos.

2 O trabalho citado foi publicado em outubro de 1960 - portanto, na vigência do Código Civil de 1916 - na Revista dos Tribunais, n. 300, p. 7-37.

3 De acordo com a classificação tradicional das ações de conhecimento, estas são divididas em três categorias: condenatórias, constitutivas e declaratórias. A este respeito, confira: ROCHA, José de Albuquerque. Teoria geral do processo. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004; e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Vale ressaltar que os direitos potestativos nem sempre precisam necessariamente de uma ação para serem exercitados; assim, quando se fizer necessário (por exemplo, no caso dos direitos potestativos com prazo de exercício previamente determinado), a ação a ser utilizada será a constitutiva. Quando não houver necessidade de ação para tutelar o direito potestativo, tal direito será considerado “imprescritível”. Há uma outra espécie de ação, a *declaratória*, cuja finalidade é atribuir certeza jurídica a uma determinada relação. Entretanto, para os fins deste estudo, não será necessário explorar a ação declaratória, sendo consideradas, portanto, apenas a *condenatória* e a *constitutiva*.

Após tecer estas considerações, o professor Agnelo Amorim Filho (*apud* HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, 2006b, p. 184) conclui que:

- 1) Estão sujeitas à *prescrição*: todas as *ações condenatórias*, e somente elas;
- 2) Estão sujeitas à *decadência* (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito a que correspondem): as *ações constitutivas* que têm prazo especial de exercício fixado em lei;
- 3) São *perpétuas* (imprescritíveis): a) as *ações constitutivas* que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; b) todas as *ações declaratórias*.

3 PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A redação original do parágrafo 5º do art. 219 do Código de Processo Civil vedava que o juiz declarasse a prescrição dos direitos patrimoniais justamente em razão da natureza destes direitos que se sujeitam à decadência, e não à prescrição, uma vez que esta extingue a pretensão e aquela extingue o próprio direito subjetivo. A pretensão nasce a partir do inadimplemento do devedor e se extingue pelo transcurso do prazo prescricional.

A *exceção*⁴ de prescrição é uma faculdade, um direito disponível e, portanto, renunciável de forma expressa ou tácita. Não havendo o devedor alegado a prescrição em sua defesa, tem-se a mesma por renunciada.

Humberto Theodoro Júnior (2006a, p. 49) acrescenta que “a simples

⁴ Ao permitir o reconhecimento ex officio da prescrição, o legislador acabou por descaracterizar a distinção existente entre a exceção e a objeção. A exceção é uma defesa do réu que impede que o autor exija o adimplemento de uma prestação, sendo, portanto, uma faculdade do réu, como no caso da exceção de prescrição. Por sua vez, a objeção versa sobre matéria de ordem pública e extingue o próprio direito material pleiteado, a exemplo do que se dá em relação à decadência.

consumação do prazo de aperfeiçoamento da prescrição não faz desaparecer o direito subjetivo, e tampouco anula a pretensão dele emergente, enquanto o obrigado não fizer atuar a exceção respectiva”. Entende o mencionado autor que a lei (material ou processual) não atribuiu à prescrição o poder de extinguir o direito material do credor. Justifica-se este entendimento com os dispositivos do Código Civil (normas de direito material) que tratam da renúncia da prescrição somente após sua consumação (art. 191) e da impossibilidade de repetição dos pagamentos de obrigações prescritas (art. 882).

O caráter de exceção ostentado pela prescrição é reforçado por outros dispositivos legais como, por exemplo, as causas supervenientes à sentença que podem ser opostas pelo devedor para se eximir do cumprimento desta (como prevêm os artigos 475-L, VI e 741, VI do Código de Processo Civil), bem como a defesa apresentada em sede de embargos de devedor em execução de título extrajudicial (conforme previsão do artigo 745 do Código de Processo Civil). Assim resta evidente que a prescrição constitui matéria de defesa, argüível tanto no processo de conhecimento quanto no processo de execução.

No Código de Processo Civil, tanto a prescrição quanto a decadência são listadas como hipóteses de extinção do processo, com resolução de mérito, conforme o disposto no artigo 269, IV, do citado diploma legal. A propósito, esta previsão legal endossa o entendimento de que o fenômeno da prescrição não atinge a ação, haja vista que, em tais casos, a ação foi plenamente exercitada, tanto que o processo chegou ao seu final com uma sentença de mérito.

4 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO NOVO Código Civil

A principal contribuição do novo Código Civil em relação à disciplina da prescrição e decadência foi esclarecer a distinção entre ambos os institutos, harmonizando assim a disciplina material e processual.

Prescrição, de acordo com o artigo 189 do Código Civil, é uma faculdade conferida ao devedor para se eximir do cumprimento de uma obrigação reclamada tardiamente, quando operada a extinção da pretensão. O artigo 189 dispõe, em sua literalidade, que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos

prazos a que se referem os arts. 205 e 206”, remetendo o leitor a dispositivos que dizem textualmente que a prescrição atinge a pretensão.

A pretensão traz implícita a idéia de exigência de uma prestação. O titular exige do sujeito passivo o cumprimento de uma obrigação e a recusa do devedor ao cumprimento desta obrigação caracteriza a violação do direito, e esta lesão ao direito é que faz nascer a pretensão, pressupondo que esta pretensão seja fundamentada. Importante, neste ponto, recordar a classificação dos direitos subjetivos de Chiovenda, segundo a qual os direitos subjetivos se dividem em duas categorias: os direitos a uma prestação e os direitos potestativos. Considerando tal classificação, impõe-se reconhecer que somente os direitos a uma prestação é que são suscetíveis de lesão, porque o exercício de tais direitos depende de uma atuação direta do devedor; ao passo em que os direitos potestativos cujo exercício decorre exclusivamente da declaração unilateral de vontade do titular, não podem ser violados por terceiros. Vale ressaltar que estes últimos (os direitos potestativos) se submetem aos prazos decadenciais.

No tocante aos prazos, lembra-se que os prazos decadenciais se iniciam junto com o direito potestativo de prazo de exercício previamente determinado. Por sua vez, o prazo prescricional começa a fluir com a lesão do direito.

O artigo 194 do Código Civil permite que o juiz reconheça de ofício a ocorrência da prescrição quando esta a favorecer absolutamente incapaz. Isto é, assim em razão do regime de direito material da prescrição que atribui a esta a natureza de exceção (ou faculdade), o que torna impossível o seu suprimento pelo juiz quando a mesma não for alegada. Portanto, fora da situação autorizada pelo Código Civil, o juiz não possui discricionariedade para apreciar a ocorrência de prescrição, pois, do contrário, estaria incorrendo em violação dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

No tocante à decadência, o Código Civil ainda carrega algumas impropriedades, tais como a referência à “decadência do direito de propor ação”, do artigo 501, e a “cessão de ações”, do artigo 636. Primeiramente, o artigo 501 diz que “decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente...” em relação ao direito de complementação da área

na venda *ad mensuram*. O direito de “propor ações” é um direito constitucionalmente garantido aos cidadãos conforme consta no artigo 5º, XXXV, portanto o direito de propor ações não pode ser alcançado pela decadência. Ademais, o artigo 501 se refere à decadência do direito de complementação da área do imóvel transacionado, que é direito material e, por isso, suscetível de ser atingido pelo fenômeno da decadência quando do seu não-exercício dentro do lapso temporal estabelecido em lei. Em seguida, o artigo 636 dispõe que “o depositário (...) é obrigado a (...) ceder-lhe as ações...” consiste em outra atecnia constante do Código Civil. A ação não pode ser cedida, são os direitos e as pretensões relacionadas a estas ações é que são transmissíveis.

Além de fazer a distinção entre prescrição e decadência, o Código Civil de 2002 também provocou uma alteração na utilização de exceção ou objeção para arguição de prescrição e decadência, respectivamente. Por consistir numa exceção substancial, os efeitos da prescrição não poderiam ser reconhecidos de ofício, sendo imprescindível que a ocorrência de prescrição seja levantada pelo interessado. Por sua vez, a decadência enquanto objeção deve ser conhecida de ofício pelo juiz quando houver previsão legal; uma vez que a existência de prazo decadencial convencionado entre as partes deverá ser informada ao juízo. A convenção de prazo decadencial atrai a aplicação do regime da exceção (semelhante ao que ocorre com a prescrição).

5 A RECENTE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O texto primitivo do parágrafo 5º, do artigo 219, dizia que “não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato”. Com o advento da Lei nº. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, o citado dispositivo passou a ser a seguinte redação: “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. O objetivo desta alteração foi permitir o indeferimento liminar da petição inicial, previsto no artigo 295, IV do Código de Processo Civil, sem o requerimento do devedor e antes mesmo da citação deste, quando o juiz verifique a prescrição da pretensão trazida a juízo.

Antes da reforma, a possibilidade de reconhecimento da prescrição,

sem necessidade de provocação das partes, se limitava às hipóteses em que as ações versassem sobre direitos não-patrimoniais (como, por exemplo, nas ações de estado e nas ações que envolvem direito de família). Enquanto isso, as prescrições de direitos patrimoniais (prescrição propriamente dita) deveriam necessariamente ser argüidas pelo devedor. Vale ressaltar que os direitos não-patrimoniais não se sujeitam propriamente à prescrição e sim à decadência e, por esta razão, a lei autorizava a sua decretação *ex officio*. No entanto, como o Código Civil vigente à época apresentava uma deficiência técnica, ou seja, não fazia distinção entre prescrição e decadência segundo a natureza dos direitos, considerava-se todo prazo extintivo, fosse de direito ou de ação, como prazo prescricional.

A grande novidade é que o juiz pode reconhecer a prescrição, *ex officio*, independentemente da natureza dos litígios e da argüição das partes.

Alguns autores interpretam de maneira extensiva a nova redação do parágrafo 5º do artigo 219 do CPC, considerando que a prescrição deixou de ser uma exceção para ser matéria de ordem pública e prescindindo da apresentação de exceção. Observe-se o entendimento Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 408):

A norma é imperativa e não confere faculdade ao juiz para reconhecer a prescrição de ofício, mas o obriga a pronunciá-la *ex officio*. (...) Agora o juiz deve reconhecê-la de ofício independentemente de quem será o prejudicado ou o beneficiado por esse reconhecimento.

Entretanto, é importante destacar que a prescrição não ocorre pura e simplesmente pelo decurso do lapso temporal determinado em lei e se sujeita às várias hipóteses de interrupção, impedimento e suspensão previstas no Código Civil⁵, diferentemente do que ocorre com a decadência cujo prazo não se interrompe e nem se suspende, conforme consta no artigo 207 do Código Civil. O juiz não tem meios para verificar questões externas ao processo, como são aquelas situações que dão ensejo à interrupção ou suspensão do prazo

⁵ As causas de interrupção, impedimento e suspensão dos prazos prescricionais estão elencadas nos artigos. 197 a 204 do Código Civil.

prescricional. Vale ressaltar ainda os casos em que não há como precisar com exatidão o termo inicial do prazo prescricional como, por exemplo, no caso do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Por ser uma exceção de defesa, a prescrição é um direito disponível e a não-utilização da mesma, por ocasião da contestação, implica na sua renúncia. De tal sorte, a prescrição só poderia ser decretada de ofício pelo juiz quando, houvesse previsão semelhante no direito material, como assevera Humberto Theodoro Júnior (2006a, p. 27):

Sem embargo da reforma simplista do § 5º do art. 219 do CPC, o juiz não terá como decretar *ex officio* a prescrição de direitos patrimoniais, senão quando no direito material houver semelhante previsão. É o caso, v.g., dos créditos tributários, cuja prescrição a Lei nº. 6830/1980, art. 40, § 4º, permite seja decretada incidentalmente, sem depender de exceção da parte devedora. Isto, porém, decorre do regime do direito tributário, onde se atribui à prescrição algo mais do que uma simples defesa para o contribuinte, mas a qualidade de uma causa de *extinção* do próprio crédito tributário (CTN, art. 156, inc. V). Esse regime, portanto, confere à prescrição contra o Fisco um caráter especial, que mais se aproxima da decadência do que da figura típica da prescrição civil. (itálicos originais)

Também no sentido de não reconhecer automaticamente a ocorrência da prescrição, entendem Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2006, p. 45):

Não obstante o legislador não tenha feito tal ressalva, no caso do § 5º do art. 219, *entendemos que deverá o juiz, antes de pronunciar prescrição, intimar o autor da ação, para manifestar-se a respeito*. É que pode ter ocorrido uma das causas de suspensão ou interrupção da prescrição (CC, arts. 197 a 204), sem que tal informação tenha chegado aos autos. Assim, a autorização que com a Reforma foi dada ao juiz, para que reconheça a ocorrência da prescrição, não o isentará de verificar, com cautela, se efetivamente ocorreu a prescrição. (itálicos originais).

Ademais, além da alteração do artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, a Lei nº. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, revogou o artigo 194 do Código Civil em sua integralidade, pois, ao permitir – de maneira ampla e irrestrita – que o juiz reconheça de ofício a ocorrência da prescrição, tornou irrelevante o fato do beneficiário ser ou não uma pessoa absolutamente incapaz.

Não menosprezando o intuito do legislador de prestigiar a celeridade da prestação jurisdicional, é importante lembrar que a alteração sob comento deu origem a novas discussões sobre o tema da prescrição. Segundo o Código Civil, o devedor pode renunciar à exceção de prescrição, de forma tácita ou expressa; por outro lado, o legislador, no Código de Processo Civil, concede ao juiz amplos poderes para decretar a prescrição. Renunciando tacitamente o devedor à exceção de prescrição e o juiz ainda assim decretando a prescrição, se estará diante da extinção da faculdade conferida pelo artigo 191 do Código Civil. Em outras palavras, o legislador está pondo em destaque a celeridade da prestação jurisdicional em detrimento de toda a construção da doutrina civilista acerca do instituto da prescrição.

6 Conclusão

A decadência, como forma de extinção de direito potestativo em virtude do seu não exercício dentro do lapso temporal determinado por lei, atualmente tem sua disciplina bem delimitada e esclarecida no seu capítulo próprio do Código Civil de 2002. Restam, portanto, superadas as eventuais divergências em relação a situações impropriamente situadas no título referente à prescrição, mas que versam sobre decadência, como ocorria na vigência do Código Civil de 1916.

No tocante à prescrição, é impossível, do ponto de vista do direito material, equiparar os institutos da prescrição e da decadência, por considerar que a prescrição atinge a pretensão enquanto a decadência afeta o próprio direito subjetivo. A decadência é uma questão de direito, aferível pelo simples cálculo do lapso temporal decorrido desde a origem do direito potestativo com previsão legal de extinção, ao passo em que o decurso do prazo prescricional pode ser atingido por uma situação de fato, externa ao processo.

Acrescente-se ainda o fato de que, sendo a prescrição uma matéria propriamente de defesa, é facultado ao réu utilizá-la em seu benefício ou renunciá-la. Daí infere-se que não é possível que o juiz decrete a prescrição, sem a alegação da parte interessada, justamente porque o devedor não é obrigado a se valer da arguição de prescrição. Mesmo porque não é simplesmente o fenômeno da prescrição (decorso de certo lapso temporal) que extingue imediatamente a pretensão, e sim a exceção *substancial* da prescrição. Assim a nova redação do artigo 219, em seu parágrafo 5º deve ser interpretada com reservas.

Sugere-se que o dispositivo que autoriza a decretação da prescrição, de ofício e *in limine litis*, pelo juiz, seja interpretado em sua literalidade apenas quando a lei material conferir o caráter de indisponibilidade a certos direitos patrimoniais, como no caso do artigo 194 do Código Civil, em que o beneficiário seja uma pessoa absolutamente incapaz, ou quando a lei material determinar expressamente o reconhecimento da prescrição *ex officio*, como prevê o artigo 40 da Lei de Execução Fiscal. Nos demais casos, continua a valer a regra da exceção.

REFERÊNCIAS

MOREIRA, José Carlos Barbosa, O novo Código Civil e o direito processual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie, MAZZEI, Rodrigo. **Reflexos do novo Código Civil no direito processual**. Salvador: Jus Podium, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006a.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie, MAZZEI, Rodrigo. **Reflexos do novo código civil no direito processual**. Salvador: Jus Podium, 2006b.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A SUSTENTAÇÃO ORAL DO ADVOGADO

JOÃO RAFAEL FURTADO¹

Resumo: No presente artigo será abordado a epistemologia da sustentação oral, propondo uma nova visão para a argumentação jurídica. Será analisada a correlação existente entre argumentação e direito, expondo sumariamente sobre alguns dos principais doutrinadores da teoria da argumentação jurídica. Com uma nova visão sobre a referida teoria, defende-se que a sustentação oral é de vital importância para o esclarecimento de fato controverso para os órgãos julgadores, bem como no reforço da tese jurídica defendida pelo advogado, sendo importante etapa no convencimento daqueles. Igualmente, a teoria da argumentação jurídica funciona como relevante instrumento contra a manipulação política que muitas vezes impregna o processo judicial, servindo para que tanto advogados como magistrados possam manusear suas justificações de maneira prática, lógica e racional.

Palavras-chave: Sustentação oral. Teoria da argumentação jurídica. Perelman. Alexy. Julgamento. Convencimento. Lógica. Razão.

Abstract: In the present article it will be analyzed the epistemology of the oral sustenance proposing a new vision for the juridical argumentation. The existing correlation between argumentation and right will be analyzed, displaying summarily on some of the main indoctrinators of the theory of the juridical argumentation. With a new vision on the related theory, we defend that the oral sustenance is vital for the enlightenment of controversial fact for the judging institutions, as well as in the reinforcement of the juridical thesis defended by the lawyer, being one important stage in the persuasion of those. Equally, the theory of the juridical argumentation functions as relevant instrument against the political manipulation that many times impregnates the judicial process, helping lawyers and magistrates to handle its justifications in practical, logical and rational way.

Key words: Oral Sustenance. Theory of juridical argumentation. Perelman. Alexy. Judgment. Persuasion. Logic. Reason.

¹ Especialista em Processo Civil pela FFB/ICEA, Pós-Graduando em Direito Empresarial pela PUC-SP, Professor do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito e Advogado.

1 INTRODUÇÃO

Para buscar o ideal de Justiça, necessita-se a compreensão de que os raciocínios jurídicos são acompanhados de controvérsias. Diante de tal situação, surge o papel fundamental dos defensores e acusadores, onde fundamentam seu raciocínio (produto de sua atividade) e pleiteiam uma resposta judicial (que deverá dar solução ao caso concreto).

É justamente nesse ponto que o raciocínio do Direito difere das demais ciências, nas quais chegar a um acordo depende de técnicas aritméticas ou mesmo de um silêncio formal. Com efeito, o raciocínio jurídico, para sua aplicação e efetividade, insere-se em de um sistema lógico: parte acusadora, defendente e julgadora.

O pensamento jurídico acolhe diferentes orientações metodológicas. Do próprio questionamento do Direito surgem novas indagações e inquietudes. Da própria aplicação do direito nascem outras controvérsias e limitações. A prática do Direito consiste fundamentalmente em argumentar, ora construindo-os, ora tendo habilidade para manejá-los.

Argumentar juridicamente nada mais é do que a reflexão do orador² sobre suas justificações, dando-lhes aplicação lógica, prática e racional.

Procura esse artigo atentar para a importância da Teoria da Argumentação aplicada à sustentação oral do advogado, ou seja, a maneira lógica, prática e racional que deve basear seu discurso para os órgãos julgadores.

Falar na Teoria da Argumentação é pensar também a maneira pela qual pode o defensor ou acusador fazer valer suas razões verbais nas tribunas de maior valor decisivo. Ora, a teoria argumentativa não é voltada somente para as decisões judiciais e para os pleitos interpostos de forma escrita, mas a toda forma de convencimento racional e prático.

O presente trabalho apresenta-se dividido em quatro partes, discorrendo-se primeiramente sobre argumentação e Direito. Em seguida, expõe-se sobre os principais expositores da Teoria da Argumentação Jurídica, passando à análise da epistemologia da sustentação oral e, finalmente, sua relação com a mencionada teoria.

² Entende-se como orador nessa passagem tanto a pessoa que profere discurso escrito ou verbal.

2 ARGUMENTAÇÃO E DIREITO

Argumentar para uma pessoa traduz-se como o ato de tentar expor certo posicionamento ou mesmo defender um entendimento pessoal ou de terceiro, visando ora a convencer, ora a persuadir.

A argumentação pode ser definida como um raciocínio de onde se tira uma conclusão, devendo esse raciocínio, para ser considerado como não enganoso (falácia), ser pautado em determinados padrões lógicos, racionais e práticos.

Força saber que o parâmetro *lógico* é medido pela estrutura em que se baseia a conclusão do raciocínio, ou seja, a argumentação que decorre dos fatos e provas que a fundamentam. Outrossim, *racional* é o entendimento que, tomando como base a estrutura do raciocínio, confronta com as demais informações inteligíveis trazida a questão, levando o orador a criar seu juízo de valor. *Prática* seria a argumentação que não analisa simplesmente a questão dogmática apresentada (forma, apresentação etc.), mas se preocupa fundamentalmente em analisar seu mérito.

Da própria concepção do Direito, ou seja, do momento em que o homem necessitou criar regras para evitar conflitos e guerras constantes, à argumentação estava presente. Com efeito, para se criar regras que deveriam ser seguidas por todos, na expectativa de se viver em paz social, o homem teve que argumentar, ora utilizando trilhas mais democráticas (argumentando suas razões para muitos), ora de caminhos menos democráticos (argumentando suas razões para poucos).

Toda vez que se quer trazer resolução a um conflito, garantir um direito ou mesmo reprimir alguma prática reprovada pelo ordenamento jurídico, deve-se argumentar juridicamente as intenções.

O âmbito da argumentação jurídica é por demais vasto, haja vista que toda situação que necessite de amparo legal, o raciocínio jurídico argumentativo deverá se fazer presente. Pode-se dizer, todavia, que a argumentação jurídica encontra dois grandes grupos de atuação: a) produção das normas (regras) jurídicas; b) aplicação (efetivação) das normas jurídicas ao caso concreto.

Como ciência do Direito, diversas teorias se propuseram a explicar (ou ao menos sistematizar) seus campos de atuação. Com efeito, surgiu a Teoria da Argumentação da Jurídica, preocupando-se fundamentalmente com a argumentação proferida pelos juízes (em especial dos órgãos judiciais superiores), e não focalizando atenção na argumentação elaborada pelo advogado.

3 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E ALGUNS DOS SEUS PRINCIPAIS DOUTRINADORES

3.1 Perelman e a nova retórica

Nascido na Polônia, mas desde criança vivendo na Bélgica, Chaim Perelman estudou Direito e Filosofia na Universidade de Bruxelas, onde, desde cedo, por volta de 1938, começou a dedicar-se à Lógica Jurídica, escrevendo tese sobre Gottlob Frege.

Perelman parte do pressuposto de que se deve ampliar o campo da razão para além do domínio das ciências dedutivas, indutivas e empíricas, explorando também os raciocínios que ocorrem na ciência humana, no Direito e na Filosofia.

O que vai interessar para Perelman, na verdade, é o arcabouço de como funcionará a argumentação - a lógica que a fundamenta e aspectos que não lhe são estranhos.

Perelman chegou à conclusão de que os argumentos retóricos não podem estabelecer verdades evidentes ou, muito menos, absolutas, e sim demonstram o plausível, o razoável para uma determinada decisão. Com esse pensamento, Perelman ensinou que para a argumentação, no que se trata do discurso para a persuasão, o auditório a que ela se dirige é fundamental para sua eventual adesão.

Para que a argumentação tivesse adesão dos indivíduos, Perelman entendia que eram necessárias certas condições prévias, como a existência da língua em comum entre partes e a participação do interlocutor ideal, exigindo sua concentração durante toda a argumentação. Para esse autor, a argumentação se dividia em três elementos: o discurso, o orador e o auditório - desenvolvendo este, na sua teoria, papel fundamental e predominante.

Utilizando primordialmente sua Nova Retórica no campo judicial, Chaim Perelman inspirou diversas produções doutrinárias sobre o tema, ajudando os magistrados a melhor entender e desenvolver os dispositivos de suas decisões. Perelman tem mérito incontestável na recuperação da Teoria da Argumentação Jurídica, a partir do século XX, e na reformulação sobre o estudo da racionalidade prática aplicada ao discurso.

Há de se reconhecer, todavia, que sua Teoria tem limitações. Com efeito, a Nova Retórica não privilegia a comunicação entre os sujeitos no sentido de troca, de interação. O orador sempre está diante do auditório, não explicando como se dá o retorno da argumentação para o orador, a denominada contra-argumentação, vital no debate oral, oportunidade em que os magistrados podem requerer esclarecimentos aos advogados.

3.2 Robert Alexy e argumentação como discurso racional

Nascido em 1945, Robert Alexy é professor de Direito Público e de Filosofia do Direito da Universidade Christian-Albrechts, em Kiev. Com seu livro *Theorie der Jusristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung*, Alexy trouxe uma visão nova sobre a Teoria da Argumentação Jurídica, partindo de uma teoria da argumentação prática geral, projetando-a, posteriormente, para o campo do Direito.

Para tanto, Alexy utiliza-se fundamentalmente da teoria do discurso de Habermas, encontrando a *situação ideal da fala*, atendendo às exigências de simetria e liberdade da comunicação, conseguindo, assim, integrar o conteúdo das regras do seu discurso racional, a que denomina regras da razão.

Pode-se dizer que a tese central da teoria da Alexy consiste em considerar o discurso jurídico, a própria argumentação jurídica, como um caso especial do discurso prático geral, ou seja, do discurso moral.

Com isso, o jurista alemão não tem a intenção de simplesmente elaborar uma teoria normativa da argumentação jurídica (dizendo quais são os bons e maus argumentos), mas se preocupa com o fato desta teoria também se infiltrar na estrutura dos argumentos (caráter analítico), incorporando-se aos elementos empíricos (caráter descritivo).

Trabalhando com sua teoria do discurso racional, Alexy elabora o que se pode denominar de uma espécie de teoria do procedimento, entendendo que esse procedimento comporta diversas influências, como a dos indivíduos que dela participam³, as exigências que estes fazem ao procedimento⁴; e a própria peculiaridade do processo de decisão⁵, por meio das quais se chega ao discurso jurídico racional, em que os julgadores podem decidir a questão submetida com absoluta racionalidade e correção.

4 Epistemologia da sustentação oral

4.1 Sobre a sustentação oral

Sustentação oral é a apresentação verbal para um juiz ou uma corte julgadora, pelo advogado, sobre as razões legais por que sua tese deve prevalecer. Na verdade, a sustentação oral é a recompensa para o advogado por todas as horas despendidas, preparando suas peças escritas. É a oportunidade que ele tem para falar pessoalmente perante o tribunal sobre seu caso, descobrir o ponto de vista de seus julgadores, dar esclarecimentos, corrigir algum aspecto controvertido e, obviamente, posicionar seus argumentos.

A sustentação oral tem grande significado porque, em alguns minutos, o advogado consegue salientar para o magistrado sobre o caso do seu cliente, muitas vezes (na grande maioria) só analisado sumariamente pelo juiz singular ou pelo magistrado-relator (no colegiado).

Pode-se dizer que os agentes da sustentação oral são dois: partes que efetivamente realizam a sustentação oral (promoventes ou promovidos) e pessoas a quem a sustentação é dirigida, isto é, os magistrados.

3 Na teoria do discurso racional, pode participar um número ilimitado de indivíduos, na situação que eles realmente existem para o procedimento.

4 As exigências do procedimento tanto podem ser formuladas como condições ou regras da ação.

5 Podendo essa decisão incluir ou não a possibilidade da modificação das convicções normativas dos indivíduos, existentes, outrossim, no início do procedimento, com os argumentos apresentados.

4.2 Importância da sustentação oral

O advogado que não realiza sustentação oral no processo que patrocina certamente trará prejuízos *mediatos* ao seu cliente. Com efeito, entende-se como prejuízo mediato àquele que ocorre com intermédio de uma coisa terceira, com efeitos indiretos.

A importância da sustentação oral é incontroversa, sendo notórias as histórias de julgamentos que tiveram desfecho distinto do que teriam graças ao trabalho do advogado na tribuna, ao realizar com eficiência sua sustentação oral.

Ao realizar a sustentação oral, o advogado estará corroborando com princípio da ampla defesa, abrindo maiores oportunidades para seu cliente obter um resultado positivo no caso que é submetido à apreciação do órgão julgador. Para o próprio advogado, a sustentação oral demonstra-se importante, pois, através dela, pode demonstrar pessoalmente seus conhecimentos jurídicos perante o órgão julgador, ganhando o respeito e admiração deste. Sem contar com o fato de que a sustentação oral realizada pelo advogado demonstra seu interesse pela causa, podendo repercutir na fixação de eventuais honorários de sucumbência.

A sustentação oral desempenha ainda importante papel no esclarecimento de fatos pertinentes ao processo, podendo os julgadores, como assim prescreve o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça⁶, pedir esclarecimentos aos oradores.

4.3 A sustentação oral leva ao convencimento ou à persuasão do auditório?

Remonta da própria semântica da língua portuguesa a semelhança entre as palavras persuadir e convencer. Apesar dos termos serem popularmente considerados sinônimos, ou pior, sendo o segundo espécie do primeiro, na realidade, a diferença entre persuadir e convencer é enorme. Persuadir advém do latim *persuadere*, significando aconselhar, fazer acreditar, levar a uma opinião. Por sua vez, convencer contém o verbo vencer, passando uma idéia de luta, combate, disputa.

⁶ Art. 161, parágrafo único, regimento interno do STJ.

Pode-se dizer que convencer consiste em se fazer compreender pelo discurso (racional), e não levar o auditório aderir aos argumentos do orador por sua habilidade e malícia.

A persuasão lida com a emoção do auditório, com a sua fé, desejos e vontades, tendo o elemento da dúvida um dos principais aliados do orador. O convencimento, entretanto, lida com a adesão racional do auditório, com sua inteligência, com os fatos e provas que fundamentam o discurso, sendo a argumentação lógica, prática e racional a principal aliada do orador.

Com efeito, ao realizar a sustentação oral, deve o advogado tentar convencer o auditório de que sua tese é a que merece acolhimento na questão em debate. Não deve o advogado tentar persuadir o auditório, objetivando vencer o entrave jurídico a qualquer custo.

4.4 Falácia na sustentação oral

O discurso que contém falácia caracteriza-se como aquele que, embora aparentemente fundamentado, não o é, contendo algum elemento que macula sua forma, estrutura e conteúdo.

A seguir serão demonstradas algumas formas de discursos que contém falácias, esses que em hipótese alguma deverão ser utilizados na realização da sustentação oral.

4.4.1 Falácia imperativa

A falácia do discurso imperativo consiste no estresse de tons das palavras utilizada pelo orador.

Por exemplo, ao proferir sustentação oral, o advogado literalmente berra que o promovido intencionalmente causou danos ao automóvel de seu cliente. Apesar de que em alguns auditórios o tom da voz do orador pudesse causar adesão de alguns interlocutores, certamente estes não estariam sendo convencidos pelo discurso, mas simplesmente persuadidos pelo tom agressivo do orador.

4.4.2 Falácia terrorista

Quando a razão falha, o orador apela para o discurso do medo. Segundo esta falácia, o orador introduz a força e o temor como meio de

persuadir o auditório. Por meio deste discurso, fundamenta-se determinada decisão ou pleito jurídico afirmando que o contrário resultaria numa consequência prática desastrosa.

Imagine que um prefeito municipal promoveu concurso para o preenchimento de cargos de professor na rede municipal de ensino e o sindicato da categoria, alegando a ocorrência de irregularidades, impetrou mandato de segurança visando à nulidade do procedimento seletivo. Se o procurador jurídico da prefeitura municipal promovesse defesa alegando que a nulidade do concurso acarretaria o adiamento do início do ano letivo, prejudicando considerável número de alunos, ele estaria se utilizando de um argumento terrorista⁶.

4.4.3 Falácia do fato ofuscado pela ciência

A falácia do fato ofuscado pela ciência ocorre quando é utilizado um argumento científico que não tem qualquer relação com um determinado caso concreto. Suponha-se que uma pessoa ingresse judicialmente com uma ação de obrigação de não fazer, objetivando que seu vizinho não construa em seu quintal uma antena parabólica para captação de mais canais no seu televisor doméstico. Com efeito, alega o autor da mencionada ação que a construção da antena parabólica prejudicará a trajetória de determinadas aves que corriqueiramente sobrevoam a região que abrange a circunscrição de sua vizinhança.

Apesar de que se possa cientificamente comprovar que realmente as mencionadas aves habitam a citada região, em nada este fato científico contribuirá para fundamentar a obrigação de não fazer interposta, vez que a altura da antena parabólica não ultrapassa dois metros, não alterando a trajetória do voo de nenhuma ave.

4.4.4. Falácia contra o homem (ad hominem)

A falácia *ad hominem* consiste em denegrir a imagem da pessoa contra quem o cliente do advogado que profere o discurso se opõe, ou mesmo contra o outro orador, com vistas a comprometer a procedência daquilo que foi afirmado pela parte adversária.

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Roteiro de lógica jurídica. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

4.4.5 Falácia da ignorância (*ad ignorantiam*)

Por esta falácia, a veracidade de uma idéia é alegada pela ausência de demonstração de sua falsidade, não tendo, por óbvio, menor substância lógica ou racional.

5 SUSTENTAÇÃO ORAL E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A sustentação oral desenvolve papel de suma importância para a vitória da tese defendida pelo advogado, tendo igual valor para a demonstração dos conhecimentos jurídicos do profissional, ganhando o respeito e admiração da tribuna, podendo ter ingerência direta sobre a fixação dos seus honorários, bem como podendo causar prejuízo mediato se não utilizada.

Ao se preparar para a realização da sustentação oral, deve o advogado se preocupar com determinados requisitos: a) não deve esperar até a última hora para preparar sua defesa, fugindo da sustentação de improviso, preparando um resumo com as principais questões que serão abordadas, sem contudo levar sua síntese para leitura na tribuna; b) caso haja necessidade de argumentar citando alguma doutrina ou legislação, deve o advogado levar o trecho impresso para fácil manuseio, a fim de não desperdiçar seu tempo folheando livros ou códigos; c) preocupar-se com sua vestimenta e com sua higiene, vez que, apesar de esperar que os juízes devam levar em conta somente as argumentações verbais a serem proferidas, deve ter em mente que a aparência contará para a empatia para com o auditório; d) procurar ter confiança em suas habilidades, não cedendo à pressão, sabendo que está preparado para proferir discurso perante o órgão julgador.

Seguindo esses requisitos que, obviamente, não estruturam seu discurso, mas em muito podem contar no seu resultado final, deve o advogado preparar sua defesa.

Com efeito, no seu discurso, primeiramente, o advogado deve realizar um estudo cuidadoso sobre as provas que se encontram acostadas ao processo, pois, com toda certeza, deverão contar para a formação do juízo dos julgadores.

Deve-se separar sobre qual matéria preponderantemente seu discurso será proferido: fato ou direito. Caso a matéria verse primordialmente sobre fatos, o advogado deve buscar estudar minuciosamente todos os depoimentos encontrados no processo, analisar as palavras dos depoentes, seu sentido, confrontando-as com as situações reais encontradas na lide. Considerados os depoimentos, deve-se buscar posicioná-los ao lado dos aspectos jurídicos de que trata a questão, objetivando realizar uma sustentação racional e, portanto, convincente.

Por outro lado, tratando-se a matéria puramente de direito, a tarefa do advogado é confrontar os diversos aspectos jurídicos aplicáveis à vertente questão, sabendo que a hermenêutica jurídica tem aplicação no ordenamento como um todo, e não somente a uma ou mais normas.

Reconhecendo a matéria em que o discurso deve fundamentalmente se concentrar, o advogado, antes de desenvolver sua defesa verbal, não pode deixar de lembrar para quem o discurso está sendo dirigido, ou seja, seu auditório. Corre o risco de Marmieládov⁷ o advogado que pensa ser igual o discurso proferido tanto para uma classe de leigos como para uma tribuna repleta de magistrados do mais elevado saber jurídico.

O advogado necessita desviar-se de colocações por demais óbvias, persuasivas, repetitivas e infantis, pressupondo que os julgadores conhecem pelo menos o mínimo sobre a matéria jurídica tratada.

As falácias verbais não podem ter lugar na sustentação oral racional. Certamente não será o tom de voz, as argumentações acidentais, terroristas, cientificamente impertinentes, de indagação complexa, resumida a probabilidade de eventos, pejorativas contra o outro orador ou contra a outra parte que vão levar os magistrados a julgarem determinada lide de modo favorável.

8 No livro *Crime e Castigo*, de Dostoievski, Marmieládov é um orador eloquente, mas que discursa para o público errado (uma taberna de bêbados). A palavra Marmieládov é inventada pelo citado autor, provinda da palavra marmielad que significa marmelada, representando um personagem de caráter inseguro, confuso.

A sustentação oral do advogado deve ser racional, pois a preocupação em analisar e suscitar as provas que se encontram juntas ao processo tem valor fundamental. Confrontar a situação concreta com os aspectos histórico-sociais em que a lide está submetida, oferecendo uma interpretação sistemática e teleológica com todo o ordenamento jurídico e relevar as argumentações desempenhadas pelas partes ao longo do processo, buscando alertar os magistrados para discursos falaciosos e impertinentes, também contém importante conteúdo valorativo.

A defesa verbal também deve ser lógica, ou seja, o discurso deve ter uma seqüência coerente, não podendo o advogado, após expor fatos e provas sobre um determinado assunto, realizar pedido totalmente oposto daquilo que vinha expondo em sua sustentação.

Por último, a sustentação oral deve ser prática, procurando o advogado resolver definitivamente o conflito surgido, não apenas discursando de maneira paliativa ou egoísta, mas contribuindo para atender a máxima constitucional de que é indispensável para a Administração da Justiça e, conseqüentemente gerando, no caso concreto, a pacificação social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica - a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2002.

ARISTÓTELES. **Tópicos** (Organon - v. V). Lisboa: Guimarães, 1987.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

BARILLI, Renato. **Retórica**. Lisboa: Presença, 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <www.stj.gov.br>, acesso em 14/09/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Regimento interno do superior tribunal de justiça**. Disponível em <www.stf.gov.br>, acesso em 14/09/2004.

CEARÁ. Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado do Ceará. **Regimento interno das turmas recursais dos juizados especiais cíveis e criminais do estado do ceará**. Disponível em <www.tj.ce.gov.br>, acesso em 14/09/2004.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Regimento interno do tribunal de justiça do estado do ceará**. Disponível em <www.tj.ce.gov.br>, acesso em 14/09/2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FARAH, Elias. **Caminhos tortuosos da advocacia**. São Paulo: LTr, 1999.

GARÇON, Maurice. **Eloquência judiciária**. Rio de Janeiro: Casa do Estudante do Brasil, 2001.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

KAPTEIN, Hendrik. *Theory and Practice of (Legal) Argumentation*. Apostila da *Universiteit Von Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid*, set. 2002.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN. Argumentação. In: **Enciclopédia Einaudi**. v.11. Lisboa, 1987.

PERELMAN. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Madrid: Civitas: 1988.

PERELMAN. **Lógica jurídica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PLEBE, Armando; EMANUELE, Pietro. **Manual de retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

REBOUL, Oliver. **Introdução à retórica**. Tradução de Ivone Castinho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REZENDE, Antônio (Org.). **Curso de filosofia**. 8.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar/SEAF, 1991 .

TORDESILLAS, Alonso. **Perelman**, Platão e os sofistas: justiça e “retórica nova”. In: **Reflexões n 49**, Campinas: PUCCAMP, 1991.

TOULMIN, Stephen. **The uses of argument**. London: Cambridge University Press, 1969.

WALTON, Douglas. **Appeal to popular opinion**, University Park, Pa., Penn State Press, 1999.

WALTON. **Ethical argumentation**. Lanham, Md., Lexington Books, 2002

WALTON. **Legal argumentation and evidence**, University Park, Pa., Penn State Press, 2002.

WALTON, Douglas. **One-Sided arguments: a dialectical analysis of bias**. Albany, State University of New York Press, 1999.

WALTON. **Scare tactics: arguments that appeal to fear and threats** (Argumentation Library Series), Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2000.



LIMITAÇÃO MATERIAL DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

NILSITON RODRIGUES DE ANDRADE ARAGÃO¹

Resumo: Respeitando as limitações de um artigo científico, o presente trabalho se propõe a expor as linhas gerais da Teoria do Poder Constituinte, comparando as principais manifestações doutrinárias de modo a identificar a existência ou não de uma limitação material do poder constituinte originário mais precisamente no direito brasileiro. Neste desiderato, serão diferenciados a titularidade legítima da ilegítima e titularidade e exercício, de modo a demonstrar a possibilidade de limitações materiais e formais do órgão que exerce representativamente o poder constituinte. Por fim, será discutida a possibilidade de identificação dos direitos humanos como limites aos titulares do poder constituinte.

Palavras-Chave: Poder constituinte originário. Limitação. Material e formal. Legitimidade. Povo. Titularidade e exercício. Direito natural.

Abstract: Respecting the limitations of a scientific article, the present work was written to display the general lines of the Theory of the Constituent Power, comparing the main doctrinal manifestations in order to identify the existence or not of a material limitation of the originary constituent power more precisely in the Brazilian right. In this desideratum, it will be differentiated the legitimate and illegitimate titularity and titularity versus exercise in order to demonstrate the possibility of material and formal limitations of the institution that exerts the constituent power representatively. Finally, the possibility of identification of the human rights will be argued as limits to the agents of the constituent power.

Keywords: Original constituent power. Limitation. Material and formal. Legitimacy. People. Titularity and exercise. Natural Law.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Farias Brito. cursando especialização em Processo Civil pela Faculdade Farias Brito. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Advogado em Fortaleza, contratado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

1 INTRODUÇÃO

Observando as diversas perspectivas doutrinárias desenvolvidas sobre o Poder Constituinte Originário e identificando as influências do direito brasileiro, assim como as inovações da doutrina nacional, serão observadas suas características essenciais e os pontos diferenciadores que sua teorização assumiu nas diversas manifestações no correr da história, de modo a esclarecer o tema referente a sua limitação material.

Neste desiderato, serão desenvolvidos os conceitos básicos desta teoria com o objetivo de identificar possíveis limitações a este poder, ao contrário do que pregava a doutrina clássica de origem francesa. Serão estudados os conceitos de titular legítimo e ilegítimo, assim como diferenciada a titularidade do exercício, com o intuito de sistematizar o estudo para tornar mais claros os casos que tratam de limitações propriamente dita ou de reservas de poderes delegados.

Com base em posicionamentos doutrinários, será estudada a possibilidade de identificação de limites jurídicos ou extrajurídicos impostos à titular do poder constituinte originário, observando-se, mais precisamente, a possibilidade de identificação dos direitos humanos como limite deste poder.

2 A TEORIZAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

A obra panfletária do abade Sieyès foi o primeiro estudo sistemático sobre o poder constituinte. Este escrito buscava o fortalecimento do racionalismo como superação do poder das monarquias absolutistas, afastando a noção de Estado vinculado a um indivíduo, que na maioria das vezes se revestia de natureza divina. De modo sintético, este autor defende que o poder constituinte não se fundamenta em limites jurídicos pré-existentes. Transcreve-se, a seguir, um trecho de sua obra que expressa bem esta idéia (1986, p. 118):

Seria ridículo supor a nação ligada pelas formalidades ou pela Constituição a que ela sujeitou seus mandatários. Se para tornar-se uma nação, a sua vontade tivesse que esperar uma maneira de ser positiva, nunca o teria sido. A nação se forma unicamente pelo direito natural. O governo, ao contrário, só se regula pelo direito positivo. A nação é tudo o que ela pode ser somente pelo que ela é. Não depende de sua vontade atribuir-se mais ou menos direitos

que ela tem. Mesmo em sua primeira época, ela tem os direitos naturais de uma nação. Na segunda, ela os exerce; na terceira, ela faz exercer por seus representantes tudo o que é necessário para a sua conservação e da ordem na comunidade. Se sairmos desta seqüência de idéias simples, só podemos ir de absurdo em absurdo.

É importante mencionar que antes deste autor já existiam estudos sobre o tema, mas que não o abordavam de maneira direta. É o caso de John Locke, que, quase um século antes, apresentou formulações teóricas relacionadas ao direito de resistência e ao direito à revolução, dos quais é possível extrair a noção de poder que o povo detinha de instituir uma nova ordem jurídica.² Outro pensador político que antecedeu Sieyès no tema foi Rousseau. De sua doutrina do contrato social também é possível extrair traços primários da teoria do poder constituinte.³

Outra observação necessária é que, embora a concepção francesa sobre o poder constituinte originário seja a mais difundida, uma análise detida permite a identificação de pelo menos três concepções distintas em países diferentes na segunda metade do século XVIII. No direito inglês a idéia mais aceita era a de um constitucionalismo histórico, algo que seguisse a ordem progressiva natural, portanto, tratava-se de uma revelação desta nova estrutura política. Em tal concepção resta afastada a idéia de um poder autônomo com força para estabelecer uma nova organização política. Uma segunda concepção é a americana, onde vigorava a idéia de constituição ligada à garantia de direitos e limitação de poderes. Logo, o poder constituinte estaria atrelado a estes requisitos, cabendo-lhe simplesmente revelar os direitos e as limitações. Por fim, na

2 Neste mesmo sentido, ensina Canotilho (2003, p. 72/73): “Embora a expressão “poder constituinte” não surja de forma clara na obra de John Locke, considera-se que este sugeriu a distinção entre poder constituinte do povo, reconduzível ao poder de o povo alcançar uma nova “forma de governo”, e o poder ordinário do governo e do legislativo encarregados de prover à feitura e à aplicação das leis”.

3 Esta comparação também é feita por Uadi Lammêgo bulos (1997, p. 16): “Demonstra, de algum modo, certa similitude com o contratualismo de Jean-Jacques Rousseau, não obstante a nítida diferença entre o pensamento de um e de outro. O genebrino Rousseau, por exemplo, não aceitou categoricamente, os limites do poder, desconfiando do governo representativo. O revolucionário abade, ao contrário, percebia a nítida diferença entre poder constituinte e poderes constituídos; notou as limitações do poder, confiou no governo representativo”.

acepção francesa tem o poder constituinte, nos moldes normalmente apresentados pela doutrina, um poder absoluto, que não se funda em nenhum outro poder, que não se prende a limitações de natureza material ou formal, sendo, portanto, um poder criador.⁴

Diante de tantas possibilidades acerca do poder constituinte, é necessário advertir que o que os doutrinadores referidos acima realizaram foi uma estruturação sistêmica de algo que sempre existiu⁵, logo não é possível confundir Poder constituinte com sua teorização. É o que ensina o Professor Paulo Bonavides (2002, p. 121):

Convém advertir, desde logo, que o poder constituinte e sua teoria são cousas distintas conforme acima já assinalamos. Poder constituinte sempre houve, porque jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização. O que nem sempre houve, porém, foi uma teoria desse poder, cuja apreciação configura um traço de todo original, ou seja, uma peculiaridade digna talvez de justificar o pasmo e a vaidade do orador constituinte, ao formulá-la em fins do século XVIII.

O que esta abordagem inicial procura demonstrar é a diversidade de possibilidades explicativas para o poder constituinte originário. Este poder pode e deve ser analisado sob perspectivas diversas, considerando peculiaridades espaciais e temporais de modo a determinar uma teorização

4 São neste sentido os ensinamentos de Canotilho (2003, p. 68/69): “Três palavras resumirão os traços caracterizadores de três experiências histórico-constituintes: os ingleses compreendem o poder constituinte como um processo histórico de revelação da “constituição de Inglaterra”; os americanos dizem num texto escrito, produzido por um poder constituinte “the fundamental and Paramount Law of the nation”; os franceses criam uma nova ordem jurídico-política através da “destruição” do antigo e da “construção do novo”, traçando a arquitetura da nova “cidade política” num texto escrito – a constituição. Revelar, dizer e criar uma constituição são os *modi operandi* das três experiências constituintes”.

5 Outra observação importante deste publicista se refere a não extinção do poder constituinte com a elaboração da Constituição. (2002, p. 122): “Do ponto de vista formal, isto é, considerando apenas de modo instrumental, o poder constituinte sempre existiu e sempre existirá, sendo assim um instrumento ou meio com que estabelecer a constituição, a forma de Estado, a organização e a estrutura da sociedade política. É, a esse aspecto, verdadeira técnica, mas técnica cuja neutralidade perante os regimes, valores ou ideologias se pode em verdade admitir, desde que tenhamos em vista tão-somente assinalar, com a designação desse poder, a presença de uma vontade criadora ou primária, capaz de fundar instituições políticas de maneira originária.”

própria para cada nova estruturação estatal. Diante destas observações é patente a impossibilidade de identificação de um sistema estático que possa ser reaproveitado sem adaptações de um Estado para outro, ou mesmo de um momento de ruptura para outro.

É visível a grande influência que a doutrina brasileira sofreu da concepção francesa do poder constituinte originário, chegando-se ao extremo de ser ela adotada como fórmula pronta e acabada, afastando-se uma análise crítica deste procedimento, de modo a harmonizá-la à realidade local.⁶ No estudo que aqui se pretende realizar, a doutrina será tomada com base nos processos constituintes da história do Brasil, procurando-se demonstrar os defeitos e as virtudes dos diversos momentos, sempre com foco na existência ou não de limitação ao poder constituinte originário.

3 TITULARIDADE LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Uma questão de conseqüências importantes para o presente estudo diz respeito à titularidade do poder constituinte. A forma originária deste poder aparece basicamente em três situações na formação de um novo Estado: por uma revolução, por um golpe ou pelo esgotamento da Constituição anterior. Todas estas situações envolvem momentos de muita instabilidade social, o que favorece a usurpação do poder popular por pessoas ou grupos que comandam ou influenciam instrumentos estatais com capacidade de impor o domínio, como, por exemplo, o exército e a imprensa. Dentro desta perspectiva, observou-se a estruturação doutrinária da legitimidade do poder constituinte, diferenciando-se o mero titular do titular legítimo. Segundo Paulo Bonavides (2002, p. 126):

Titular legítimo, segundo os autores da teoria clássica do poder constituinte, seria unicamente a Nação. O poder constituinte serviria de expressão técnica ou meio instrumental com que fazer a vontade soberana da Nação, a única legítima para governar as coletividades humanas ou reger o destino dos povos.

⁶ São neste mesmo sentido as críticas de Gilberto Bercovici (2006, p. 218): “É justamente este o problema da visão brasileira sobre o poder constituinte. O paradigma francês do século XVIII foi elevado a manual de instruções de como se deve compreender o poder constituinte. A transposição da visão francesa para o Brasil gerou uma discussão doutrinária estéril, sem qualquer vinculação com a nossa experiência política e constitucional”.

Através de uma análise histórica, é possível observar que a titularidade do poder constituinte já foi invocada por representantes de Deus, monarcas, classes dominantes, pela nação, etc.. Como muito bem afirma Canotilho (2003, p. 75), “*O problema do titular do poder constituinte só pode ter hoje uma resposta democrática*”. Assim, de modo quase pacífico, a doutrina entende que o titular do poder constituinte é o povo. Este povo, na qualidade de titular propriamente dito, possui o poder absoluto de constituir o estado desvinculado de todas as amarras.⁷

Somente nesta concepção primeira de exercício direto do poder constituinte se verifica a ausência total de limitações materiais; é a única hipótese de plenitude de possibilidades na estruturação do Estado. O povo escolhe algo para que seja aplicado a ele próprio. Trata-se, portanto, de uma relação singular onde todos os valores e objetivos que devem constar na Constituição não passam de uma expressão dos valores e objetivos deste titular. Dentro desta perspectiva, não há que se falar em limitação material do poder constituinte originário.

Acaso este poder seja exercido sem delegação popular observa-se a titularização ilegítima do poder constituinte. Quando isto ocorre, três caminhos podem ser tomados pelo usurpador. A primeira hipótese aponta para a instituição de uma Constituição que vai de encontro dos objetivos e valores do povo. Uma segunda hipótese prevê a criação de uma Constituição que aparentemente atenda às exigências mais prementes da nação, como forma de apaziguar os ânimos daqueles que detinham a titularidade legítima. Assim, este usurpador pode formalmente prever a forma de estado, a forma de governo e o regime de governo desejados pelo povo, mas

⁷ Neste ponto, é importante a advertência feita por Antonio Negri (2002, p. 9): “Entretanto, se o poder constituinte é onipotente, deverá ser temporalmente limitado, deverá ser definido e exercido como um poder extraordinário. O tempo que é próprio do poder constituinte, um tempo dotado de uma formidável capacidade de aceleração, tempo do evento e da generalização da singularidade, deverá ser fechado, detido e confinado em categorias jurídicas, submetido à rotina administrativa. Este imperativo – transformar o poder constituinte em poder extraordinário, comprimi-lo no evento e encerrá-lo numa factualidade somente relevada pelo direito – talvez nunca tenha sido tão exaustivamente sentido como no curso da Revolução Francesa”.

normalmente acrescentando meios que deturpem a essência destes institutos. Pode ele, igualmente, prever o rol essencial de direitos fundamentais reclamados, mas, por outro lado, prever casos convenientes de exceções à sua efetivação. A terceira e última hipóteses é a que o usurpador do poder elabora um texto constitucional em total consonância com as exigências do titular legítimo. Somente nesta excepcional hipótese de total compatibilidade entre sua produção e as pretensões populares verificar-se uma legitimação de sua obra.

Trazendo a análise da legitimidade do poder constituinte originário para a história brasileira, é possível se observar exemplos claros de situações onde o poder constituinte originário foi exercido de maneira legítima e de maneira usurpada.

Pode-se identificar quatro Cartas Constitucionais que instituíram a vontade nacional baseada em princípios democráticos, ou seja, onde o exercício do poder constituinte originário se deu teoricamente de forma legítima, ressalvadas algumas peculiaridades que podem demonstrar a forte influência de determinado grupo social sobre a produção de alguns dispositivos. São elas as Constituições de 24 de fevereiro de 1891, de 16 de julho de 1934, de 18 de setembro de 1946 e de 5 de outubro de 1988.

Por outro lado, é possível se identificar três manifestações claramente ilegítimas do poder constituinte originário. A primeira é a que diz respeito à manifestação inicial do constitucionalismo do Brasil. Com a declaração de independência em 07 de setembro de 1822, o Brasil tornou-se um Estado soberano, desta forma, não demorou a se formar a Assembléia Nacional Constituinte para elaboração da Carta política que regeria este novo Estado. O projeto desta constituinte chegou a ser posto em discussão, mas devido a um golpe de Estado do Imperador a Assembléia foi dissolvida. Em 25 de Março 1824, foi outorgada a primeira Constituição brasileira, a Constituição Política do Império do Brasil, tendo como titular do poder constituinte o Imperador.

A segunda manifestação de exercício ilegítimo do poder constituinte na história brasileira é observada no golpe de Estado

desferido por Getúlio Vargas que implantou a ditadura do Estado Novo, com a conseqüente outorga da Constituição de 10 de novembro de 1937, inspirada nas Constituições da Itália e da Polônia.⁸

Por último, é possível mencionar o resultado da nova crise política de 1964, que, acompanhada novamente de um levante armado, instala outra ditadura no País, instituindo o Regime Militar. A Constituição imposta em 24 de janeiro de 1967, buscou legalizar e institucionalizar o regime militar. Esta Carta foi elaborada pelo Congresso Nacional, segundo determinava o Ato Institucional n. 4, que lhe atribuiu função de poder constituinte originário com poder ilimitado e soberano. Importante mencionar que nesse congresso já estavam afastados os membros da oposição e seus trabalhos se deram sob forte pressão dos militares.

4 Titularidade e Exercício do Poder Constituinte Originário

Embora não mais subsistam dúvidas quanto ao fato da titularidade do poder constituinte ser atribuída ao povo, é importante perceber que o desenvolvimento de debates e a tomada de decisões por meio da atuação individual de cada indivíduo de uma nação é impraticável em sociedades complexas, com um número elevado de cidadãos. Diante disso, o poder constituinte originário é exercido

⁸ Interessante observar os motivos apresentados por Getúlio Vargas para a outorga desta constituição contidos em seu preâmbulo: “O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravamento dos dissídios partidários, que, uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País”

por intermédio de representantes, vias de regra uma assembléia constituinte. Daí, a necessidade de uma segunda diferenciação, qual seja, a de titularidade do poder constituinte do exercício concreto deste poder.

A doutrina francesa não observou esta distinção, considerando as decisões tomadas pela assembléia constituinte como se houvessem sido proferidas pelo próprio povo, numa concepção de delegação total de poderes. Paulo Bonavides critica tal concepção (2002, p. 134/135):

Todo o erro dessa teoria francesa do poder constituinte consistiu, segundo aquele publicista, em admitir a delegação dos poderes completos de soberania a uma assembléia política, ou seja, em proclamar a identidade do povo com seus representantes, em confundir o mandatário com o mandante, em conferir competência ilimitada a uma autoridade, que devia reconhecer constituída, subalterna, derivada. Daqui veio a resultar, acima do povo, a modalidade das Constituintes onipotentes, dotadas de poderes com que impor o governo à Nação e do mesmo passo acumular, como no caso da Convenção, as funções legislativas e a função constituinte.

Não é possível perder de vista que a relação entre o órgão que exerce o poder constituinte e o titular deste poder é de representação. O representante não possui autonomia, ao contrário, tem o dever de manifestar a vontade do representado. Logo, a assembléia constituinte não pode se distanciar dos valores e ideais defendidos pelo povo. A liberdade absoluta de escolha da estrutura básica que tomará a nova ordem jurídica do Estado é do povo e não dos representantes deste. Com isso, fica claro que o órgão representativo que irá elaborar a Constituição possui limitações materiais e pode possuir limitações formais, impostas pelo titular do poder constituinte. Não existem problemas teóricos quanto a esta prática, pois a assembléia é composta de representantes do povo. Logo, este povo pode limitar os poderes que serão delegados a tais representantes. Frise-se que não se trata de uma limitação do poder constituinte originário, mas do órgão que o exerce representativamente, pois não se confundem os titulares do poder constituinte com aqueles que o exercem.

Importante observar que a reformulação de uma ordem jurídica estatal não ocorre sem motivos. Esta mudança é propulsionada, quando legítima, pela saturação da ordem jurídica anterior, quando os valores contidos na Constituição deixaram de estar em consonância com os ditames axiológicos da nação. Destarte, a nova formulação não é fruto de uma escolha aleatória, nasce ela do amadurecimento de debate político que identifica os aspectos problemáticos e os pontos fracos do sistema vigente e desenvolve respostas mais correntes com as exigências populares. A experiência estrangeira pode ser considerada desde que adaptada às nuances fáticas e axiológicas que envolvem o processo constituinte. O que importa dizer é que no momento de ruptura do regime vigente as decisões políticas essenciais expressam a vontade da maioria da nação,⁹ não podendo ser desvirtuadas pelo órgão que irá exercer na prática o poder constituinte.

Neste diapasão, Paulo Bonavides (2002, p. 132) defende a necessidade de referendo popular do projeto da assembléia como forma de evitar o desvirtuamento dos ideais populares e a conseqüente ilegitimidade do texto:

As Constituintes, Convenções ou Assembléias de revisão, convocadas e eleitas especificamente para o desempenho da tarefa constituinte são, por conseguinte, segundo a doutrina da soberania nacional, assembléias especiais. Dissolvem-se de imediato uma vez elaborada a Constituição. Deve a Constituição em seguida sujeitar-se à ratificação do povo ou da nação, de conformidade com o princípio ou sistema de separação entre o poder constituinte e os poderes constituídos. Tudo naturalmente no espírito daquelas máximas segundo as quais “o povo tem sempre o direito de rever e reformar a Constituição” (Thouret), ou só a nação é competente para decidir sobre a Constituição, “independente de todas as formas e de todas as condições” ou ainda “todos os poderes aos quais uma nação se sujeita emanam de si mesma”.

⁹ Diz, nesse sentido, Canotilho (2003, p. 81): “Desde logo, se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta “vontade de constituição” pode deixar de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta **espirituais, culturais, éticos e sociais radicados** na consciência jurídica geral da comunidade e nesta medida, considerados como “vontade do povo””.

Este procedimento posterior e mesmo a participação popular na formação do texto constitucional exigem uma maturidade política elevada do povo e uma organização estrutural consistente. Em verdade, o momento constituinte de um Estado envolve embates políticos muito acirrados e uma relativa instabilidade organizacional, o que torna quase impossível a participação popular efetiva. Uma forma de contornar esta realidade é a imposição de limites ao órgão responsável pela elaboração da constituição.

Nossa história constituinte aponta exemplos claros destas limitações impostas ao órgão que exerce o poder constituinte, seja em seu conteúdo material, delimitando previamente a estrutura política essencial que será estabelecida na constituição, seja determinando o procedimento a ser adotado na produção e aprovação do texto constitucional.

Um primeiro aspecto que demonstra a vinculação da assembléia constituinte às decisões populares pode ser observado nos preâmbulos das Constituições brasileiras. Nestes dispositivos introdutórios os membros da assembléia legislativa, assumindo a condição de representantes do povo, expressam que foram eleitos para instituir idéias preestabelecidas. É o que pode ser observado nas Constituições de: 1891 (“para organizar um regime livre e democrático”); 1934 (“para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”); 1946 (“para organizar um regime democrático”); e 1988 (“para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”).

Esta vinculação também pode ser observada em outros aspectos como, por exemplo, o caso da assembléia responsável pela elaboração da Constituição de 1891. Por meio do decreto 510, de 22 de junho de 1890, foi convocada a Assembléia para o dia 15 de novembro do ano seguinte para elaborar uma constituição que instituísse o regime

republicano e a forma federativa, expressão das respostas primordiais encontradas pelo “povo” para solução dos inconvenientes de um poder centralizador.¹⁰ É o que se observa no juramento dos membros do Congresso Nacional com Poderes Constituintes, composto de 205 deputados e 63 senadores, dentre os quais saíram os 21 que compunham a comissão constituinte. Assim juraram os constituintes: *Prometo guardar a Constituição Federal que for adotada, desempenhar fiel e legalmente o cargo que me foi confiado pela Nação e sustentar a união, a integridade e a independência da República.*

João Barbalho Uchôa Cavalcanti, nos seus comentários à Constituição de 1891, ao analisar o preâmbulo, mostra que existe uma limitação dos poderes conferidos a esse Congresso Constituinte nos seguintes termos (1992, p. 03):

Se os poderes constam, em geral, do acto de sua convocação e interpretam-se em vista d’elle e dos fins para que ellas se reúnem. Esta noção implica a solução da importante questão dos limites dos poderes das assembléas constituintes. A natureza d’ellas, sua razão de ser, sua missão, a origem de seu poder e autoridade fundamentam solução contrária à extensão illimitada de tais poderes. E, neste sentido, bem alto entre nós fallam importantes precedentes históricos.

Um segundo exemplo de limitações impostas à assembléia constituinte é verificado na Emenda Constitucional de número 26 à Constituição Brasileira de 1967, promulgada em 27 de novembro de 1985. Este ato demonstra uma limitação formal do órgão que exerce o poder constituinte, pois regula a formação e o funcionamento da Assembléia Constituinte de 1987-88, promulgadora do texto promotor da ruptura com o Regime Militar que dominava o Brasil desde 1964 para instituição de um regime democrático. Assim dispõem seus primeiros artigos:

¹⁰ Dando continuidade ao que já estava consagrado desde o decreto nº 1 de 15 de novembro de 1889, por meio do qual foi proclamada provisoriamente a República Federativa regida por um governo provisório que tinha como chefe Deodoro da Fonseca até que fosse eleito o Congresso Constituinte do Brasil.

Art. 1º. Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Art. 2º. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.

Art. 3º. A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte. (grifos acrescidos).

Embora nesta análise as Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1988 tenham sido apontadas como constituições derivadas de um procedimento democrático com intensa participação popular, é necessário ressaltar que as assembleias constituintes por elas responsáveis, embora eleitas de maneira razoavelmente democráticas, não possuíram uma participação popular efetiva. É o que se depreende das observações de Paulo Bonavides sobre o processo constituinte de 1988, senão vejamos (2006, p. 479/480):

Pode-se afirmar que essa participação não resultou em adoção de propostas populares, mas o fato é que sugestões e emendas com milhões de assinaturas chegaram ao Congresso e foram submetidas à Comissão de Sistematização, permitindo-se aos indicados pelos subscritores das mesmas, o direito de palavra no plenário.

A circunstância de não terem sido consideradas para o efeito de inclusão no texto do projeto da comissão ou mesmo nas votações de plenário não significa que inexistiu a participação da sociedade.

Essa participação, todavia, enfraqueceu-se no curso do processo legislativo, de tal forma que as reivindicações constantes das emendas populares passaram a ser defendidas por alguns constituintes, sem que a sociedade se mantivesse mobilizada para o acompanhamento dos debates e das votações.

Talvez em razão mesmo dessa ausência, muitas das oportunas sugestões tenham sido marginalizadas, embora exercendo uma determinada influência no corpo legislativo quando cada uma das idéias expostas ou dos temas propostos eram objeto de deliberação.

Todavia, no caso específico das quatro constituições brasileiras anteriormente citadas, não foram verificadas maiores conseqüências negativas, uma vez que, ao menos em essência, os ideais buscados pelo povo com a ruptura de regimes anteriores foram atendidos.

Concluindo este tópico, é necessário mencionar que alguns autores, quando estudam a diferenciação entre titularidade e exercício do poder constituinte originário, costumam indicar a existência de limitações a este poder. Esta noção parece estar equivocada ou, ao menos, parece exprimir uma atecnia. Ao que tudo indica, esta incursão doutrinária pretende superar a idéia de assembléia constituinte com poderes absolutos, sem construir uma distinção entre titularidade e exercício, simplesmente expressando as limitações que os representantes do povo naturalmente possuem como sendo relativas ao próprio poder constituinte. Logo, quando Canotilho (2003, p. 81)¹¹ fala em “vinculação jurídica do poder constituinte” e quando Audi Lammêgo Bulos aponta “limites extrajurídicos do poder constituinte (1997, p. 25/30), é possível observar, na grande maioria das observações, referências associáveis a limitações do órgão que exerce o poder constituinte.

5 LIMITAÇÃO MATERIAL DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Como vistos nos pontos antecedentes, não há motivo para se discutir a existência de limitações materiais ou formais ao poder constituinte originário propriamente dito, ou seja, quando é ele exercido diretamente por seu titular ou quando exercido por um órgão representativo em consonância com a vontade do povo. Todavia, a doutrina começa também a apontar limitações que se dirigem diretamente ao titular do poder constituinte originário. É nesse ponto que o problema se agrava.

¹¹ A título ilustrativo transcreve-se as observações de Canotilho acerca da vinculação jurídica do poder constituinte (2003, p. 81/82): “Esta idéia de vinculação jurídica conduz uma parte da doutrina mais recente a falar de “juridicização” e do carácter evolutivo do poder constituinte. Se continua a ser indiscutível que o exercício de um poder constituinte anda geralmente associado a momentos fractais ou de ruptura constitucional (revolução, autodeterminação de povos, quedas de regime, transições constitucionais), também é certo que o poder constituinte nunca surge num vácuo histórico-cultural. Trata-se, antes de um poder que, de forma democraticamente regulada, procede às alterações incidentes sobre a estrutura jurídico-política básica de uma comunidade (P. Häberle, Baldassare)”.

Em verdade, não existe uma homogeneidade na produção doutrinária neste aspecto. As fontes de onde se extraem estas limitações são as mais variadas. Para alguns se trata de uma manifestação do direito natural, para outros de imposições do direito internacional, outros mais apontam ainda a idéia de justiça. Somente a título ilustrativo transcrevem-se alguns excertos de juristas conceituados que propõem limitações neste sentido.

É o que se depreende, por exemplo, das lições de Gilberto Bercovici (2006, p. 220):

O poder Constituinte do povo é a grande manifestação da soberania nacional. Neste sentido, é um poder absoluto, o que significa incontrolável, não necessariamente totalitário ou autoritário. As limitações ao poder constituinte não são fruto de concepções jusnaturalistas (como determinados discursos sobre direitos humanos), mas de ordem concreta e estrutural. O poder constituinte do povo é um poder absoluto, mas exercido dentro das condicionantes culturais e histórico-materiais que encontra.

Gomes Canotilho (2003, p. 81) também se manifesta sobre “vinculação jurídica do poder constituinte”:

Além disto, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça que, independentemente da sua configuração (como princípios suprapositivos ou como princípios supralegais mas intra-jurídicos) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode, hoje, estar out da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos).

É possível fazer referência ainda ao que Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 29/30) chama de vedações heterônomas, indicadas entre outras espécies de limitações ao poder constituinte, mas que ao contrário não podem ser atribuídas à vontade do titular do poder constituinte:

As vedações heterônomas, estudadas por Walter Jellinek, Biscaretti Di Ruffia, Car Schmitt, Linares Quitana, Jorge Miranda, dentre outros, são assim denominadas porque se referem à normas alheias ou externas ao direito local. No dizer de Vanossi: “normas jurídicas ajenas a La constitución em si mesma, o sea, que son externos ao derecho local aunque este los admite, recibe e incorpora”.

Os limites heterônomos vinculam-se às prescrições e atos de direito internacional, os quais sujeitam os Estados à observância de preceitos reguladores de suas relações externas.

É possível citar até o próprio Sieyès, que colocava o direito natural acima do poder constituinte, como pode ser observado no trecho que segue transcrito (1986, p. 117):

Entretanto, de acordo com que critérios, com que interesses se teria dado uma Constituição à própria nação. A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo, Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural.

Diante desta dissonância de entendimentos, torna-se quase impossível analisar objetivamente a existência ou não de tais limitações. Não obstante, dentro das proporções que toma a Teoria dos Direitos Humanos na atualidade, é possível identificar neles a essência de todas as fontes apontadas. Os direitos humanos, resguardados pelo direito internacional corresponderiam a direitos naturais inalienáveis ligados à própria natureza humana e expressariam a máxima do ideal de justiça analisado num contexto mundial.

5.1 A ascensão dos direitos humanos

Após a Segunda Conflagração Mundial, quando foram cometidas as maiores atrocidades já registradas contra o ser humano, por ações escudadas nas normas internas dos Estados totalitários e nas fundamentações de um positivismo jurídico extremado, ficou patente a ineficácia dos países em defender sozinhos os direitos essenciais de seu povo (RAMOS, 2001, p. 35). Com base nestas idéias, algumas instituições acadêmicas, organizações intergovernamentais e organizações

não-governamentais, apoiadas por alguns Estados, começaram a debater sobre as nuances de um Direito Internacional de proteção aos Direitos Humanos na certeza de que grande parte dessas atrocidades, perpetradas nos regimes ditatoriais, poderia ser prevenida com um sistema de proteção internacional de direitos humanos.¹²

Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, elencando diversos valores universais que deveriam ser protegidos e respeitados por todos os Estados¹³, fortifica-se a Teoria dos Direitos Humanos e cria-se um sistema global de proteção destes direitos. Este sistema, posteriormente, se difunde através de sistemas regionais, como é o caso da Organização dos Estados Americanos (OEA) à qual o Brasil faz parte. O surgimento de sistemas protetores expressa a preocupação internacional com a promoção dos direitos humanos, tema que extrapola o senhorio reservado aos Estados (RAMOS, 2001, p. 39). A real noção jurídica da expressão ‘direitos humanos’ só foi definida na Declaração dos Direitos Humanos em 1948, com a fixação de um código comum e universal, efetivando a obrigação legal da promoção destes direitos.¹⁴

É neste cenário de intensos embates doutrinários que se registra uma marcante alteração no caráter dos tratados internacionais, pois, se antes estes se destinavam tão-somente a regular as relações entre Estados soberanos, agora se voltam à proteção e promoção dos direitos humanos. A noção de soberania nacional absoluta cede espaço a um bem maior que é a proteção dos seus cidadãos. O indivíduo ascende da categoria de objeto para o *status* de sujeito das relações de direito internacional, superando a sua estrita vinculação com a jurisdição de sua pátria e com

12 É neste sentido o entendimento de Celso de Albuquerque Mello que assevera (2001, p. 771): “Direitos Humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas ‘reivindicações morais e políticas, que, no consenso contemporâneo todo ser humano tem o dever de ter perante sua sociedade ou governo’, reivindicações estas reconhecidas como ‘de direito’ e não apenas por amor, graça ou caridade”.

13 Neste momento é superada a sistemática vestfaliana das relações internacionais, (recebe este nome por derivar da chamada Paz de Vestfália, também conhecida como os Tratados de Münster e Osnabrück, designa uma série de tratados que encerrou a Guerra dos Trinta Anos), pois passou a defender a centralidade do Homem, protegendo-o independentemente de sua nacionalidade.

14 Ingo Sarlet (2005. Pág 76), diz que: “A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais”.

a consolidação de sua capacidade processual internacional ativa¹⁵, como bem sintetiza Celso D. de Albuquerque Mello ao dizer que (2001, p. 812) “é o homem pessoa internacional como o é o Estado, apenas a sua capacidade jurídica de agir é bem mais limitada que a do Estado”. Cabe, neste momento, a transcrição do conceito de Direitos Humanos feito por Dunshee de Abranches, citado no livro de ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS (2001, p. 44 e 45):

(...) o conjunto de normas substantivas e adjetivas do Direito Internacional, que tem por finalidade assegurar ao indivíduo, de qualquer nacionalidade, inclusive apátrida e independente da jurisdição em que se encontre, os meios de defesa contra abusos e desvios de poder praticados por qualquer Estado e a correspondente reparação quando não for possível prevenir a lesão.

5.2 As dificuldades de identificação dos direitos humanos como limites ao poder constituinte originário

Mesmo com a evolução dos direitos humanos não é possível identificá-los como limites ao poder constituinte originário. Uma série de fatores contribuem para a firmação desta conjuntura.

A primeira barreira encontrada diz respeito à necessária contextualização espacial e temporal do direito, pois a determinação do nível de importância de um direito está relacionada com sua violação, ou seja, em determinado Estado ou época o valor pode ser considerado direito humano e em outro não. Precisos são os ensinamentos do jurista cearense FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA (2001, p. 68):

15 Por este conceito, observa-se que o Direito Internacional no que se refere aos direitos humanos possui uma autonomia no sentido de que mesmo que um indivíduo não seja portador de um direito no âmbito interno do seu Estado poderá tê-lo na ordem jurídica internacional (MELLO, 2001, p. 810). Todavia, esta independência é relativa. Em última análise, a proteção dos indivíduos oprimidos busca ampliar e fortalecer os sistemas nacionais mediante a primazia do princípio da aplicação da norma mais favorável, garantindo o exercício dos direitos da pessoa humana. Na lição da insigne Publicista Flávia Piovesan (2006, Pág. 8): “(...) na ordem contemporânea, se reforça, cada vez mais, esse complexo sistema de “concorrência institucional”, pelo qual a ausência ou insuficiência de respostas às violações de direitos humanos, no âmbito nacional, justifica o controle, a vigilância e o monitoramento desses direitos pela comunidade internacional. Importa esclarecer que a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, ao constituir uma garantia adicional de proteção, invoca dupla dimensão, enquanto: a) parâmetro protetivo mínimo a ser observado pelos Estados, propiciando avanços e evitando retrocessos no sistema nacional de direitos humanos; e b) instância de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas no dever de proteção desses direitos.

É importante frisar que a posição de um valor na escala axiológica depende da sua necessidade em determinado tempo e espaço. No campo individual verifica-se a mesma coisa, posto que cada pessoa valoriza aquilo que mais necessita. Assim, em tempo de guerra, o valor predominante é a paz; em tempo de sofrimento e indiferença, os bens mais caros são a solidariedade e a caridade. Hobbes, que fora gerado e vivera na iminência de invasão de seu país, elegeu a *proteção do Estado* como bem mais valioso. Jesus Cristo, num tempo de descrença, pregou a *Fé*; São Francisco, numa era de vaidades, pregou a *humildade*.

A problemática da complexa condição sócio-cultural que cerca os direitos humanos é, sem dúvida, outro importante obstáculo à sua identificação como limite material ao poder constituinte originário. Realizar o ajustamento das normas jurídicas de direitos humanos às situações de ordem material e imaterial de cada sociedade é tarefa quase impossível. O que é fundamental para um determinado povo pode não ser para outro, ou, ao menos, não na mesma intensidade (SARLET, 2005, p. 89). A questão se agrava quando estes assuntos dizem respeito a questões específicas de determinados povos ligadas intrinsecamente a valores religiosos ou a costumes milenares, pois se tratam de práticas tão arraigadas ao cotidiano da comunidade que a grande maioria consente com os atos que teoricamente afrontam seus direitos mais essenciais. Como exemplo, pode-se referir ao fato das civilizações islâmicas não admitirem a igualdade entre os sexos e de os Estados de organização socialista não admitirem a propriedade privada. No exemplo mais polêmico pode-se citar as mutilações nas genitálias femininas em algumas sociedades africanas e asiáticas, que são normalmente encaradas como atrocidades, mas são condutas aceitas pelas mulheres para que possam ser aceitas no seu agrupamento. Por fim, merece referência a eterna discussão quanto à possibilidade de pena de morte, aborto, eutanásia, etc.

Muitos países orientais e africanos, comumente acusados de transgredir direitos humanos, alegam em seu favor serem estes 'direitos humanos ocidentais', uma vez que não mantêm consonância com os valores culturais por eles adotados, frutos de seu desenvolvimento histórico. Cada sociedade possui suas normas de conduta erigidas sobre modos de pensar e agir próprios, compartilhadas pelos indivíduos e dotadas

de significado social particular, não sendo possível a transposição automática de uma norma de um Estado para outro. A própria sociedade tem que desenvolvê-la.

Evidencie-se que a complexidade do assunto abrange ainda a delicada posição do Direito Internacional, em face da hipotética previsão de isonomia entre as nações, verdadeiramente inexistente. As discrepâncias populacionais, políticas, econômicas e bélicas levam a um distanciamento bastante acentuado entre a isonomia meramente formal e a isonomia material. Destarte, nota-se que a igualdade formal é uma verdade interessante para os países mais desenvolvidos, haja vista exercerem eles uma influência direta nas decisões tomadas por países em desenvolvimento. É o que se observa.

6 Conclusão

Diante do presente estudo, pode-se dizer, a título de conclusão, que o poder constituinte originário não poder ser analisado sem uma vinculação espacial e temporal, significando dizer que para cada momento constituinte existe uma teorização própria deste poder.

Também se conclui que o poder constituinte originário pode possuir uma titularidade legítima ou ilegítima. Sendo legítima aquela que possui uma fundamentação democrática com ampla participação popular, e ilegítima quando se liga a uma pessoa ou um grupo que se aproveita de um momento de instabilidade para tomar o poder. Dentro desta primeira perspectiva de exercício do poder constituinte originário não é possível apontar limitações, uma vez que se trata de uma manifestação do próprio titular do direito.

Uma terceira conclusão diz respeito à possibilidade de imposição de limites ao órgão que exerce na prática o poder constituinte, em razão de tratar-se de uma relação de representatividade, pela qual o titular do direito pode delimitar os poderes delegados.

Por fim, concluiu-se que a indicação de limites extrajurídicos ao próprio titular do poder constituinte encontra uma série de barreiras. No exemplo mais comum dos direitos humanos como limites, nota-se que a diversidade de culturas existente entre os povos dificulta a identificação de um rol mínimo destes direitos, que poderiam ser aplicáveis sem restrições por todas as nações.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do povo no Brasil: Um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte, in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2002.

_____ e ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 8. Ed. Brasília: OAB editora, 2006

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Ed. Livraria Almeida, 2003.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição federal brasileira: comentários**. Brasília: Senado, 1992

LIMA, Francisco Meton Marques. **O resgate dos valores na interpretação constitucional**. Fortaleza: ABC, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 13. ed., Vol. I, São Paulo: Malheiros, 2001.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Rio de Janeiro: DO&A Editora, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa:** que é o terceiro estado?. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos.** São Paulo: Renovar, 2002.

ESTETISMO E PUBLICIDADE: PARÂMETROS PARA UMA ANÁLISE JURÍDICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

ANA MARIA ALMEIDA MARQUES¹

Resumo: O consumidor, capturado pelos apelos publicitários, apesar do amparo legislativo e preceitos legais, é levado a consumir, mesmo sem consciência plena de suas escolhas, resultado de uma bem-sucedida estratégia de mercado que, utilizando-se das ferramentas da linguagem, principalmente trabalhadas pelos meios de comunicação de massa, através da publicidade, consegue deixar transparecer de forma evidente as idéias que sustentam a lógica do consumo, já que atua num reforço incessante da possibilidade de satisfação, através do interminável “jogo” da manutenção e controle da demanda. Reside aí um paradoxo, impossível de ser superado na lógica capitalista, por haver contemporaneamente uma confusão entre os conceitos de cidadão e consumidor. No campo jurídico, importa reconhecer que a publicidade deve acontecer de forma clara, sem subterfúgios que possam levar o consumidor a erro, devendo ser veiculada de tal forma que possa ser plenamente identificada, favorecendo um consumo consciente.

Palavras-chave: Consumidor – publicidade – cidadania – Direito.

Abstract: The consumer, captured by the advertising appeals, in spite of the legislative support and legal rules, is driven to consume, even without full conscience of its choices, as a result of a successful strategy of market that, using the tools of the language, specially those used for the mass medias, through publicity, is able to express clearly the ideas that support the logic of the consumption, since it acts in an incessant reinforcement of the possibility of satisfaction, through the interminable "game" of the maintenance and control of the demand. Here there's a

¹ Psicóloga pela Universidade Federal do Ceará, concludente do curso de Direito pela Faculdade Farias Brito.

paradox, impossible to be surpassed in the capitalist logic, because nowadays there's a confusion between the concepts of citizen and consumer. In the juridical field, it is important to recognize that the publicity must happen in a clear way, without subterfuges that can induce the consumer to commit mistakes, and it must be propagated in such a way that can fully be identified, favoring a conscientious consumption.

Key words: Consumer – Publicity – Citizenship – Law.

1 INTRODUÇÃO

O “Estetismo” é um tipo de experiência social que aponta para uma banalização do estético, banalizado, sobretudo pela disseminação massificadora do estatuto do artístico e belo, pelos meios de comunicação de massa, generalizando a produção em massa, através das reinvenções programadas, a superficialidade do que é produzido e seu uso, possibilitando então o consumo. É quando a arte perde o seu estatuto exclusivo de belo e admirável para assumir seu caráter de mercadoria. E, enquanto mercadoria revela e ganha um aspecto de descartável, agregando valores diferenciados e exercendo um poder de fetichismo sobre o consumidor.

O “estetismo” encontra relação com o conceito de consumo, dada à esfera subjetiva do consumidor, enquanto passivo diante da ação dos meios promocionais, por parecer vivenciar uma experiência de satisfação, que ciclicamente reaparece quando revive o ato de consumir, convocando o sujeito a repetir o ato de comprar, numa interminável busca de satisfazer-se (sentir-se completo) e até de consumir-se (gastar o que tem).

O Direito, convocado a intervir nesta relação, no propósito de tutelar o consumidor, enquanto corolário dos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, tais como preceituados no artigo 1º. da Constituição Federal, é desafiado a buscar o equilíbrio entre dois extremos, a saber: a liberdade de comunicação, sobretudo no que concerne à restrição do ato comunicacional (neste artigo trabalhado na dimensão da publicidade) e a própria proteção do consumidor, nos moldes do artigo 38 e seguintes da Lei 8.078/90.

Através deste artigo buscou-se focar o consumo compreendendo que este não se dá só por necessidade: “há algo mais²”. O sujeito não é mais considerado uma parte ativa no ato da compra: há como uma institucionalização de valores que se referenciam ao usado como ruim e ao velho como descartável. Nas palavras de Gilles Lipovetsky (1989), “O Império do Efêmero”.

Assim o consumidor, capturado pelos apelos publicitários, apesar do amparo legislativo e preceitos legais, é levado a consumir, mesmo sem consciência plena de suas escolhas, resultado de uma bem-sucedida estratégia de mercado que, utilizando-se das ferramentas da linguagem, principalmente trabalhadas através dos meios de comunicação de massa, consegue deixar transparecer de forma evidente as idéias que sustentam a lógica do consumo, já que atua num reforço incessante da possibilidade de satisfação, através do interminável “jogo” da manutenção e controle da demanda.

2 ESTETISMO E CONSUMO

O consumo não deriva simplesmente da força propulsora da industrialização, distribuição e massificação de seus produtos. Parece haver um aparato que sugere uma satisfação momentânea do sujeito, quando no ato de consumir, passando pela instância do imaginário³, provocado pelo consumo que institui e posiciona cada indivíduo no

2 Nas palavras de Jean Baudrillard (1993, p. 180), esse algo a mais é compreendido na dimensão na qual (...) você é visado, amado pelo objeto. E porque é amado, você se sente existir: você é “personalizado”. Isto é essencial: a própria compra é secundária. Se a abundância dos produtos põe fim à raridade, a profusão publicitária põe fim por sua vez à fragilidade. Pois pior é existir com a necessidade de inventar para si próprio motivações para agir, amar, comprar. Cada um se encontra então posto frente a frente com seu próprio desconhecimento, inexistência, má-fé e angústia. Qualquer objeto será considerado mau enquanto não resolver esta culpabilidade de não saber o que quero ou o que sou”. (grifo nosso).

3 É esta uma expressão de Jacques Lacan (1988) que além dessa instância imaginária, descreve a simbólica (traduzida pela própria linguagem enquanto sistema de símbolos) e a real (impossível de ser dita).

4 Aqui entendido como exposto por Teresa Bezerra (1999, p. 160) em sua dissertação de mestrado, que descreve o que se segue: “(...) a dinâmica sócio-cultural contemporânea vem presenciando um destaque cada vez mais acentuado no que se refere a uma produção imagética, plástica e visual das aparências. Este fenômeno pode ser percebido de uma maneira geral, tanto no realce do caráter “decorativo” e “ornamental” dos espaços (construções, prédios, habitações, vitrines de lojas), quanto na valorização do “look” nas experiências cotidianas dos indivíduos sociais”.

contexto social. Este fenômeno é mediado pela estetização⁴ do produto (quer seja por sua embalagem, design, forma, etc.), da arquitetura (o que nos sugere as construções), da música, e até do próprio corpo que são “mercadorizados” no cotidiano do sujeito o qual, como formula a psicanálise, é assujeitado de seu próprio desejo⁵, e é levado a consumir (a agir) mesmo sem compreender o que o leva a tal ato.

Este processo de consumir e até de consumir-se, sugere uma reflexão acerca do significado da aquisição do produto pelo sujeito, já que a “descartabilidade” da mercadoria faz parte de uma lógica programada e pontuada, na qual um objeto não é consumido somente pelo que ele é (ou seja, por ele mesmo), mas pelo que representa, num quase sempre para além da necessidade, naquilo que significa para o sujeito, como se pode compreender através da leitura em Lacan⁶.

Consumir lembra destruir, corroer, mas antes de tudo, remete à idéia de gastar. E, ao gastar, se consome e o consumidor passa a figurar como coadjuvante de uma ação, que aponta para um reforço mútuo, no qual ele e o empresário (provocador da demanda) se encontram sob a égide de uma ligação tal cuja questão principal gira em torno do valor de troca, de venda e compra, através de um processo que nem sempre é claro para o consumidor.

A problemática da “estetização”, compreendida como o destaque da imagem, do aparente, no momento em que a “mercadorização” modifica a “essência” do belo, não tem sido discutida na sua relação com a questão do “desejo”, o que talvez mereça um aprofundamento por parte das ciências sociais ou mesmo da comunicação social.

5 Consultando o Vocabulário de Psicanálise de Laplace e Pontalis (1998, p. 160), encontra-se que “o desejo nasce do afastamento entre a necessidade e a exigência; é irredutível à necessidade, porque não é fundamentalmente relação com um objeto real, independente do indivíduo, mas com o fantasma (fantasia); é irredutível à exigência na medida em que procura impor-se sem ter em conta a linguagem nem o inconsciente do outro, e exige ser reconhecido em absoluto por ele”.

6 Segundo explanação de Jacques Lacan (1988, p. 234), “O que essa estrutura da cadeia significante descobre, é a possibilidade que eu tenho - justamente na medida em que sua língua é comum a mim e a outros sujeitos, isto é, na medida em que essa língua existe, - de me servir dela para significar algo totalmente diferente do que ela diz. Função mais digna de ser sublinhada na fala que a de disfarçar o pensamento (a maioria das vezes indefinível) do sujeito: a saber, a função de indicar o lugar desse sujeito na busca da verdade”.

No campo jurídico, importa reconhecer que a publicidade deve acontecer de forma clara, sem subterfúgios que possa levar o consumidor a erro, devendo ser veiculada de tal forma que possa ser plenamente identificada, favorecendo um consumo consciente.

Mas justamente é a subliminaridade que sustenta a lógica da publicidade, gerando no indivíduo o desejo de consumir ou nele inaugurando uma falta tal, que somente o consumo parece amenizar, estabelecendo-se assim um ciclo, precedido por um hiato que impede a plena consciência do consumidor ao consumir.

É este hiato que aponta para um estranho reconhecimento do sujeito de não saber o que quer, assim como quem é, deixando escancarada a brecha que o tempo todo sofre tentativas de escamoteamento, pela busca incessante de preenchê-la: é a própria falta fundamental. E isto deve ser analisado tendo-se em mente que se vive em uma sociedade globalizada, que produz cada vez mais, portanto denota algo da ordem do excedente e que, por isso mesmo, necessita de mais mercado para distribuir sua produção.

Sendo este o movimento contínuo do mercado que disponibiliza intensa e maciçamente o que produz, encontram-se as sociedades inseridas numa realidade que massifica e concilia interesses mercadológicos, seja por uma apresentação imaginária e sua conseqüente promessa possibilidade de completude, seja mesmo por necessidades reinventadas a custa do estilo de vida contemporâneo.

Diante disso, não resta ao consumidor, refém do que não conhece de si e frustrado por não corresponder aos insistentes apelos midiáticos, amenizar suas angústias através da materialização que através do consumo o conduz a um interminável processo de tentar sentir-se completo; livrá-lo da angústia por se empenhar na busca desta impossível completude através da compra (aquisição da mercadoria).

É então o ato de consumir que aponta de forma nítida de que maneira as mercadorias são usadas como uma espécie de válvula de escape momentânea desta angústia faltosa, sempre repetitiva, que é o que mantém a lógica consumista, além de funcionar como uma espécie de delimitador social, estabelecendo fronteiras de diferenciação entre as classes, por uma questão aparente e até discriminadora, apontando o lugar de cada um, num jogo de impressões, mantido pelo olhar do outro, num certo

“voyerismo” social, que identifica e situa cada indivíduo em sua respectiva classe⁷; algo que provoca no sujeito uma tentativa de deixar de ser o que é para parecer ser algo ou alguém que, muitas vezes não é: uma preponderância do ter e parecer em detrimento do ser.

Entende Renata Lyra (Acesso em 08 abr. 2008) com amparo no entendimento de Jean Baudrillard (1970) o que abaixo é transcrito:

De acordo com Baudrillard, no consumo estariam baseadas as novas relações estabelecidas entre os objetos e os sujeitos. Segundo ele, neste campo, a importância dos objetos cada vez mais é valorizada pelas pessoas. Embora sua descrição da realidade esteja correta, o autor legitimou este processo, considerando-o como inevitável. Não percebeu que isto se relaciona com o modo no qual a ideologia do consumo foi construída, sendo esta responsável pela criação destas representações mentais no plano coletivo.

Toda esta seqüência de idéias voltadas para o papel da comunicação cuja vertente trabalhada neste artigo é o da publicidade, sugere uma menção em torno da vitrine, como palco de sustentação do espetáculo (da estetização), pela exposição da mercadoria como mais um aspecto constitutivo do que Sérgio Carvalho (1989, p. 147) conceituou de cidade-vitrine ou cidade-passarela:

(...) A cidade, enquanto um mundo de travestimentos e performances, aparências fugidias e identidades em dissolução, promove tanto a descaracterização do estilo e da identidade única, como coopera para a emergência de uma cultura marcada pela livre associação de tipos, variações e diferenciações constantes. (...) A cidade-vitrine ou a cidade-passarela condena ao constante jogo espectral de (re) invenções de si mesmo. As expressões cênicas, as imagens refletidas, a “estilística da existência” criada e recriada na vida pública fomentam o trânsito de personalidades, e os exercícios dissimulatórios. Transitar nos seus espaços físicos

⁷ Renata Lyra (Acesso em 08 abr. 2008) exemplifica bem esta situação quando em seu artigo Consumo, comunicação e cidadania, redige o que a seguir se transcreve: “O telefone celular, atualmente, pode ser considerado um dos mais baratos instrumentos de inclusão sócio-simbólica. Consiste em um dos objetos de desejo fundamental para todas as classes sociais urbanas. Para um médico ou para uma empregada doméstica, este objeto possui praticamente o mesmo valor simbólico, pois sua posse os inclui nesta mesma ordem. A diferença se estabelece na concretização deste desejo. De modo geral, os médicos podem adquirir modelos mais sofisticados”..

modifica a existência psíquica, estabelece formas ambivalentes e criativas, justapondo dentro de uma mesma personalidade de um conjunto associativo e livre de diferentes modos de ser, sentir, agir e pensar. Mutantes e difásicos, seus habitantes praticam o exercício estético do ser, desenhando tipos, rostos e aparências, tais como suas contemporâneas: as mercadorias.

A estetização, através da vitrine, passa pela sedução do que é metodologicamente ordenado na apresentação do produto, numa estratégia de atrair, inicialmente pelo apelo visual, que deverá ser eficiente para promover o desejo tocar e, a partir daí pelo conjunto de recursos disponíveis para efetivação da venda, o querer possuir, numa busca de aparentar⁸. A vitrine, como aparato para seduzir o consumidor, usa o produto exposto como fetiche e possibilidade de satisfação de sua falta ao adquiri-lo, mediante, num primeiro momento, a apreciação visual do sujeito desejante.

Assim, paradoxalmente, ao mesmo tempo em que a publicidade é essencial para o mercado, seja por sua potencialidade em atingir ao mesmo tempo um grande número de pessoas, seja por sua capacidade de informação, inscreve-se aqui seu caráter de imprescindibilidade, dadas às necessidades de uma era que há muito abandonou a relação comercial estabelecida individualmente, tendo sido substituída por uma relação entre fornecedor e consumidores desconhecidos entre si.

Aqui então é fundamental compreender que a publicidade é importante para o mercado, que muitas vezes a utiliza como modo de melhor distribuir seus produtos, não sendo por isso menos importante para o direito, que deve estar atento aos abusos e influências que exerce sobre o consumidor.

8 Sérgio Carvalho (1989, p. 150) fala então da figura do 'flâneur': "O flâneur é a figura moderna e solitária que se aloja nos casulos fechados do mundo religioso dos objetos e mercadorias. Ele macula sua alma na orgia do consumo, na sagrada ebriedade da esfera fantasmagórica das vitrines e lojas (Baudelaire). Seu altar não é mais a cidade em alarido, as cenas e acasos do cotidiano da vida urbana, a revelação dos enigmas e véus que recobrem os mistérios da vida das ruas, mas a vitrine estetizada das galerias. Seu objeto poético de culto e adoração não é mais a multidão, mas a mercadoria-fetiche. Na frente das vitrines sua melancolia é esquecida e povoada pelas promessas de felicidade estampada no corpo das mercadorias."

3 O CONSUMO E A LEI

As contingências históricas que justificaram a criação de um Código de Defesa do Consumidor (CDC) no ano de 1990 foram uma resultante da compreensão que claramente demonstra a opção do legislador constituinte por um país que defende o sistema capitalista, tomando por fundamento os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa ao mesmo tempo em que no preâmbulo do texto constitucional propugna a instituição de um Estado Democrático de Direito, tornando imprescindível a tutela do cidadão.

Nesta esteira é que surge o CDC, informando os princípios básicos e norteadores da relação de consumo, já que entende o consumidor como hipossuficiente, assim justificando a lógica protetiva da lei 8.078/90, entendida como matéria de ordem pública e interesse social, nos termos do artigo 5º, inciso XXXII, 170, inciso V da Constituição Federal.

Neste mesmo diapasão nasce o Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR), como uma resposta da categoria publicitária, frente às pressões institucionais dos órgãos de defesa do consumidor, demonstrando assim a necessidade de sua tutela, frente à sua impotência diante do poder comunicacional.

Assim, é importante que se mencione o reconhecimento do legislador originário acerca da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, expressamente demonstradas no inciso I do artigo 4º do CDC, justificando então a necessária intervenção estatal na relação consumerista, já que é nítido um desequilíbrio, no qual pende favoravelmente as características dessa relação para o fornecedor.

Interessante se faz observar o caráter contraditório da intervenção do Estado no tocante às relações de consumo, já que o próprio Estado faz uso dos apelos da publicidade, a fim de reforçar determinadas opiniões ou mesmo divulgar certas ideologias⁹.

Prioritária se faz, portanto, a apresentação do conceito legal de fornecedor e consumidor, a fim de que se possa apropriadamente analisar a relação entre eles estabelecidas e o papel da publicidade como mediadora.

⁹ É imperioso notar que no Brasil há regras que disciplinam a chamada propaganda eleitoral, cujo teor publicitário é indiscutivelmente ideológico.

Estabelece o texto do artigo 2º do CDC o conceito de consumidor:

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

§ único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Como se pode verificar, o conceito de consumidor possui um aspecto amplo, de caráter coletivo, cujas individualidades são impossíveis de serem identificadas e as subjetividades/indiferenciações não são passíveis de considerações específicas. Isto é, ao estabelecer, por exemplo, uma campanha publicitária através de um meio de comunicação de massa, o fornecedor não sabe exata e precisamente quais públicos a ele terão acesso.

Os estudos de mercado e as estratégias de marketing¹⁰ se voltam especificamente para um determinado nicho da população. Todavia, impossível é controlar de modo pormenorizado a forma como cada uma receberá aquele determinado conteúdo e de que maneira afetará a sociedade. É neste sentido que se deve realizar a leitura do caput do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Já o conceito de fornecedor é mais conciso, de mais fácil constatação e identificação e, na perspectiva do CDC assim é definido:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

10 Phillip Kotler (1999, p.33) assim conceitua marketing: “(...) Marketing é a tarefa, assumida pelos gerentes, de avaliar necessidades, medir sua extensão e intensidade e determinar se existe oportunidade para lucros. A venda ocorre somente depois que um produto é fabricado. O marketing continua por toda a vida do produto, tentando encontrar novos clientes, melhorar o poder de atração e o desempenho do produto, tirar lições dos resultados das vendas do produto e gerenciar as vendas repetidas aos mesmos clientes”.

Conforme se pode perceber o conceito é mais restrito e de caráter menos difuso que o de consumidor. Preocupados preponderantemente em distribuir suas mercadorias, os fornecedores se utilizam das estratégias do marketing, cuja publicidade é apenas um de seus elementos constitutivos.

Comenta Philip Kotler (1999, p. 137) que

A propaganda é a ferramenta mais poderosa para promover a conscientização das pessoas sobre uma empresa, um produto, um serviço ou uma idéia. Em termos de custo por milhar de pessoas atingidas, a propaganda dificilmente é superada. Se os anúncios forem criativos, uma campanha publicitária pode construir a imagem da marca e até possibilitar sua aceitação, se não um certo grau de preferência.

A publicidade surge então como mediadora deste diálogo estabelecido entre fornecedor e consumidor, cujo objetivo maior não é o de informar, mas de fomentar o consumo¹¹. Valéria Chaise (2001, p.25) compreende que a publicidade, tomada como fenômeno social contemporâneo, deve ser moderada de modo a possibilitar um consumo sadio dos bens postos ao alcance do consumidor.

Ocorre que pensar em um consumo sadio é ir de encontro àquilo que busca o mercado ao fomentá-lo. Reside aí um paradoxo, impossível de ser superado na lógica capitalista, por haver contemporaneamente uma confusão entre os conceitos de cidadão e consumidor, fazendo com que se remeta a um comentário Renata Lyra (2001) em seu artigo Cidadania, comunicação e consumo, como abaixo se segue:

De acordo com Canclini, *as classes sociais substituíram os seus anteriores direitos de cidadania pelo direito ao consumo*. Considerou que os primeiros foram integralmente conquistados pela população latino-americana, o que se pode dizer que não é exato. No Brasil, as possibilidades de manifestação dos trabalhadores na vida pública sempre foram bastante limitadas.

¹¹ Achou-se por bem trazer um comentário de Kotler (1999, p. 32) acerca desta temática: “O marketing tem por principal responsabilidade o alcance do crescimento em receitas lucrativas para a empresa. Ele deve identificar, avaliar e selecionar as oportunidades de mercado e estabelecer as estratégias para alcançar a proeminência, senão domínio, nos mercados-alvo”.

(...) A substituição do interesse na participação política pelo consumo não é um processo natural. O autor tratou-o como se fosse inevitável, relacionando-o com a crise do público e o aumento da importância do privado em nossa sociedade. Segundo ele, o descrédito nas instituições públicas, nos últimos anos, tem levado os trabalhadores a desenvolverem outras formas de participação que atuam na esfera privada, como o consumo. (grifou-se).

Tal concepção encontra afinidade com a necessidade das codificações legais, enquanto mecanismo para minimizar o poder dos grupos econômicos e sua influência, principalmente através da publicidade, sobre os indivíduos. É, portanto o que se vê lançado diplomas legais, mormente o estatuído na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor.

No CDC, a publicidade ganha classificações que levam a pensar a sua prática de atuar no mercado. Assim é classificada como enganosa ou abusiva. Enganosa é a prevista no § 1º do artigo 37 e que seja capaz de induzir em erro o consumidor, acerca de produtos e serviços; abusiva é a do §2º do mesmo artigo que faz menção àquela publicidade discriminatória, que incite à violência, explore o medo ou superstição, se aproveite da fragilidade de crianças e, interpretando de modo extensivo, também daqueles passíveis de serem ludibriados com mais facilidade por carecerem de uma maior criticidade. Fala por fim daquela publicidade que possa induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Na Constituição, foi o direito do consumidor erigido a direito fundamental, dada a sua necessária proteção diante da força econômica e política do fornecedor.

4 Conclusão

É conveniente insistir na noção de hipossuficiência do consumidor, dados os aspectos em torno da sua subjetividade, que o torna propenso às influências publicitárias promovidas, principalmente, através dos meios de comunicação de massa, favorecendo um consumo pouco consciente, portanto promotor de uma relativização da capacidade crítica deste consumidor.

Pelo que foi exposto se justifica a estrutura axiológica do direito consumerista, inspirado nas condições históricas que resultaram na defasagem e no desfavorecimento dos consumidores, sensivelmente sustentados, através do prisma jurídico, pelos princípios da protetividade, da boa-fé e da responsabilidade objetiva.

Assim é que o Estado Democrático de Direito não pode prescindir de uma normatização que albergue esta temática, já que o estetismo e a publicidade, de forma concomitante, instigam o consumidor a cada vez mais adquirir produtos, tanto para dar conta das necessidades reinventadas como para garantir seu acesso e permanência em um determinado grupo social.

Com efeito, é preciso que se mencione que o Direito do Consumidor é compatível com a livre iniciativa e a livre concorrência, por ter seu sentido de existência ancorado exatamente nas necessidades advindas das relações consumeristas inevitavelmente estabelecidas.

Por fim, cabe então ao Direito o desafio de tutelar os consumidores nas diversas relações estabelecidas com o fornecedor, de modo a combater e superar práticas por vezes lesivas, resultantes da ânsia dos fabricantes e comerciantes em distribuir suas mercadorias, ocasionalmente pouco atentos a uma atuação mais ética e menos lucrativa: é a idéia de privilegiar o consumidor em detrimento do indivíduo como uma provocação para as ciências jurídicas.

REFERÊNCIAS

BAUDRILLARD, J. **O sistema de objetos**. São Paulo: Perspectiva, 1993.

BEZERRA, Teresa Cristina Esmeraldo. **O estetismo difuso na experiência do hip hop: resistência e adaptação nas versões locais do MH2OCE e do movimento hip hop da cultura de rua**. 1999. 291p. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Fortaleza: Universidade Federal do Ceará/Departamento de Ciências Sociais e Filosofia, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor ~ código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2000.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 368 p

CANDELORO, Raul do. **O rei está nu!** Disponível em <http://www.pauloangelim.com.br/artigos3_17.html>. Acesso em 19 fev. 2001.

CARVALHO, Olavo de. **O imbecil coletivo**. Disponível em <<http://www.olavodecarvalho.org/livros/imbecil.html>>. Acesso em 19 fev. 2001.

CARVALHO, Sérgio Lage T. A saturação do olhar e a vertigem dos sentidos. **Revista USP/Coordenadoria de Comunicação Social**. São Paulo: USP, n°32, p. 126-154, 1989.

CERTEAU, Michel. **A invenção do cotidiano**. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHIZZOTTI, Antônio. **Pesquisa em ciências humanas e sociais**. São Paulo: Cortez, 2000.

CORDEIRO, Marília. Entre o pão e carro importado. **O Povo**. Fortaleza, 14 de janeiro de 2001. 2º cad., p.01.

CORRÊA, Ivan. **A escrita do sintoma**. Recife: CEF, 1997.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DUARTE, Rodrigo. **O belo autônomo: textos clássicos de estética**. Belo Horizonte: UFMG, 1997.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Perspectiva: São Paulo, 1998.

FREUD, Sigmund. **Obras psicológicas completas: volume XXI: o futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos**. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

FURTADO, Fernando Fábio Fiorese. **Repo man: para descartar-se de tudo**. Disponível em: <http://www3.ufjf.br/facom/public.www/lumina/fiorese_lum.html>. Acesso em 19 fev. 2001.

HAUG, Wolfgang Fritz. **Crítica estética da mercadoria**. São Paulo: UNESP, 1997.

HEGEL. **Estética - O belo artístico ou o ideal**. Lisboa: Guimaráes e Ca., 1983.

JORGE, Marco Antônio Coutinho. **Sexo e discurso em Freud e Lacan**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

KOTLER, Philip. **Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados**. São Paulo: Futura, 1999.

LACAN, Jacques. **Livro 17** ~ O avesso da psicanálise. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

LACAN, Jacques. **Escritos**. São Paulo: Perspectiva, 1988.

LAPLANCHE; PONTALIS. **Vocabulário da psicanálise**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIPOVETSKY, Gilles. **O Império do efêmero** ~ a moda e seu destino nas sociedades modernas. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

LYRA, Renata Maldonado da Silva. **Consumo, comunicação e cidadania**. Disponível em: <<http://www.uff.br/mestcii/renata2.htm>>. Acesso em 08 abr. 2008.

MARCONDES, Ciro. **Quem manipula quem?** Poder e massa na indústria da cultura no Brasil. Petrópolis/RJ: Vozes, 1991.

SANTOS, Laymert Garcia. **Consumindo o futuro**. Disponível em <<http://www.planetamarketing.com.br/artigos>>. Acesso em 19 fev. 2001.

SEVERIANO, Maria de Fátima Vieira. **Narcisismo e publicidade: uma análise psicossocial dos ideais do consumo na contemporaneidade**. São Paulo: Annablume, 2001.

TASCHNER, Gisela. Raízes da cultura e do consumo. **Revista USP/Coordenadoria de comunicação social**. São Paulo: USP, nº32, p. 26-43, 1989.

TOALDO, Mariângela Machado. Sob o signo do consumo: status, necessidades e estilos. **Revista FAMECOS**. Porto Alegre: Editora nº7, p. 89-97, 1997.

VATTIMO, Gianni. **A sociedade transparente**. Rio de Janeiro: Edições 70, 1989.