
INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II

AUTORES: CAIO FARAH RODRIGUEZ, MÁRCIO GRANDCHAMP E DIEGO WERNECK ARGUELHES
COLABORADORA: NATHALIA SARVAT

Sumário

Introdução ao Estudo do Direito II

I — APRESENTAÇÃO	3
<i>A. Introdução</i>	3
<i>B. Avaliação</i>	4
<i>C. Preparação para as aulas</i>	4
II — PROGRAMA	6
III — QUESTÕES DE APOIO ÀS LEITURAS	10



I — APRESENTAÇÃO

A. INTRODUÇÃO

Bem-vindo(a) a IED 2! O objeto deste curso — isto é, aquilo que vamos estudar ao longo deste semestre — é o problema da organização jurídica da sociedade.

Para abordá-lo, exploraremos, ao longo do curso, duas idéias básicas: (1) a idéia de que o estudo do direito exige a compreensão e avaliação de seu funcionamento na sociedade; e (2) a idéia de que essa compreensão e avaliação podem se beneficiar do estudo da relação entre o direito e os ideais que o informam e legitimam.

A ênfase nessas ideias revela uma preocupação com o desenvolvimento de habilidades essenciais para a formação intelectual e capacitação profissional do bacharel em direito, mas que não fazem parte do currículo tradicional das Faculdades de Direito no Brasil. Entender o papel do direito no funcionamento de instituições sociais, e dominar um vocabulário mais robusto de ideais e valores com os quais se pode avaliar o direito são, porém, tarefas difíceis, que serão trabalhadas continuamente ao longo do curso de Graduação da FGV Direito Rio.

Entre as habilidades que desenvolveremos em IED2 destacam-se, por um lado, a capacidade de compreender o funcionamento prático das instituições políticas, econômicas e sociais estabelecidas por normas jurídicas; e, por outro, a capacidade de compreender a relação entre aquelas instituições e os ideais que as informam e legitimam. O curso de IED2 busca iniciar o desenvolvimento de tais habilidades por meio do estudo aprofundado de três idéias centrais do direito contemporâneo.

IED 2 é composto por quatro módulos. No Módulo Introdutório (Módulo I), as leituras prévias e as discussões em sala terão por objetivo nos familiarizar com as premissas e objetivos do curso. Nele estudaremos em que consiste pensar o direito como forma de organização social, por que essa análise exige que entendamos o funcionamento do direito e qual papel ele reserva para ideais e valores. Também discutiremos quais as diferenças e semelhanças entre essa forma de pensar o direito e pensar o direito para decidir controvérsias. Nos Módulos seguintes, exploraremos essas idéias em contextos mais concretos, por meio do estudo aprofundado de três idéias centrais do direito contemporâneo: (1) separação de poderes, (2) propriedade e (3) igualdade jurídica. Essas idéias definem os três módulos em que o curso é organizado e para a sua discussão utilizaremos textos analíticos e estudos históricos e empíricos.



É importante perceber que IED 2 usa uma abordagem diferente de IED 1. O curso do semestre passado dizia respeito à questão “como resolver casos?”, e nele desenvolvemos um repertório de idéias específico para isso (técnicas de justificação da passagem do “mundo dos fatos” ao “mundo do direito” a partir do caso do lixo, noções centrais dogmática, descrições dos elementos de racionalidade e indeterminação em decisões jurídicas etc.). IED 2 é diferente. Seu propósito é nos auxiliar a pensar juridicamente a organização social. Por exemplo, separação de poderes é uma idéia que pode ser usada para resolver controvérsias específicas (nesse caso, busca-se entender o que os enunciados normativos [regras constitucionais, por exemplo] estabelecem, o que a jurisprudência e a doutrina dizem sobre o assunto e com essas informações podem qualificar juridicamente os fatos relevantes na controvérsia). Em IED 2 nós estudaremos a separação de poderes de um modo diferente, do ponto de vista de engenharia social: o que justifica a separação de poderes? Quais as formas institucionais de organização do Estado refletem essas preocupações? Quais os efeitos dessas formas? Deveríamos organizar o Estado de outra forma?

B. AVALIAÇÃO

A avaliação de aproveitamento do curso será feita basicamente por meio de duas provas. A primeira será realizada ao fim do Módulo II (“P1”) e a segunda, no fim do semestre, ao término do Módulo IV (“P2”).

Eventualmente, a critério dos professores do curso, os alunos poderão obter pontuação adicional por meio de trabalhos extra-classe e participação nas discussões.

C. PREPARAÇÃO PARA AS AULAS

Este curso adota uma metodologia participativa. Isso significa que os professores do curso apostam na capacidade dos(as) alunos(as) da turma de (i) ler e compreender em linhas gerais os principais argumentos e questões apresentados em cada um dos textos do curso e (ii) explorar, aplicar e discutir esses argumentos e questões em sala de aula na discussão de casos e problemas geradores.

Em grande medida, a qualidade das discussões em sala de aula será tão boa quanto o grau de preparação prévia por parte dos alunos. Sua principal responsabilidade como aluno de IED2 é ler o material indicado no programa do curso e refletir sobre ele *antes* da discussão pertinente em sala. De modo geral, alunos que não se prepararam previamente têm maior dificuldade de acompanhar as aulas. Esse é uma consequência esperada da metodologia que



adotamos. A preparação prévia é uma pré-condição para o acompanhamento do curso e, em especial, para a efetiva participação nas discussões. É justamente para viabilizar a sua preparação prévia que os textos de leitura obrigatória serão todos disponibilizados no início do semestre.

O objetivo deste material didático é auxiliar na sua tarefa de preparação prévia para as aulas. Para cada texto indicado, você encontrará um roteiro de perguntas. Em seu estudo, procure dialogar com essas perguntas e, após terminar a leitura do texto, volte às perguntas e veja se consegue respondê-las. Algumas delas servem para estimular a sua compreensão dos argumentos e questões colocados no texto, bem como sobre os seus limites; outras perguntas servem para promover a reflexão sobre problemas que, embora não tematizados diretamente no texto, são pertinentes para as tarefas intelectuais que enfrentaremos no curso.

As perguntas são um roteiro para fazer com que você pense *por dentro* do texto e *sobre* o texto. Dessa forma, a leitura deste material didático evidentemente não substitui o estudo com base nos textos de leitura obrigatória do curso. Você tem em mãos uma ferramenta para potencializar o seu estudo dos textos, não para substituí-lo.

Alguns dos textos que estudaremos são difíceis. Seja paciente e perseverante em suas leituras. Lembre-se: a capacidade de entender de imediato o que está em jogo não é pressuposto deste curso; é, ao contrário, algo que buscaremos desenvolver, como resultado do curso.

Como mencionado acima, o curso se organiza em torno de 4 Módulos. Os tópicos e leituras prévias referentes aos Módulos I a IV do Programa encontram-se a seguir. Todas as leituras obrigatórias referentes às aulas serão disponibilizadas de antemão no início do semestre. Os textos referentes às duas primeiras aulas estão também anexos a este roteiro. Você será orientado, conforme o andamento das aulas, sobre a passagem de um tópico a outro do programa, de maneira a permitir a sua preparação prévia.



II — PROGRAMA

MÓDULO I — INTRODUÇÃO: DUAS IDÉIAS IMPORTANTES PARA O ESTUDO DO DIREITO

Aula 1. As Diferentes Atividades do Profissional Jurídico

- Henry M. Hart e Albert M. Sacks, “Note on the Lawyer’s Function, and the Relation of Law to the Other Social Sciences”, em **The Legal Process**, Foundation Press, New York, 1994 (tradução FGV — ver apêndice a este material didático).

Aula 2. Estudar e avaliar o Direito a partir de seu funcionamento

- Felix Cohen, “Non-sense Transcendental e a Abordagem Funcional”, 35 Colum. L. Rev. 809, 1935 (trechos selecionados, tradução FGV — ver apêndice a este material didático).

MÓDULO II — A ORGANIZAÇÃO DA POLÍTICA: SEPARAÇÃO DE PODERES

Aulas 3-5. Ideais Legitimadores da Separação de Poderes

- Montesquieu, *O Espírito das Leis*, capítulo VI, livro XI.
- *Federalist Papers* (Artigos Federalistas), ensaios n. 47-51.

Aula 6. O Judiciário legisla?

- Rogério Bastos Arantes, “Judiciário: entre a Justiça e a Política” in Lucia Avelar e Antônio Octávio Cintra (orgs.) *Sistema Político Brasileiro: Uma Introdução*, São Paulo: Unesp, 2004.

Aulas 7 a 9: Visões sobre o papel do Judiciário

- Lon Fuller, “Forms and Limits of Adjudication”, 92 Harv. L. Rev. 353 (1978) (trechos selecionados, tradução FGV). Disponível em:



<http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/5/5b/II-texto5-Fuller.doc>.

- Owen Fiss, “The Forms of Justice”, 93 Harv. L. Rev. 1 (1979) (trechos selecionados; há tradução brasileira, publicada em Owen Fiss, *Um Novo Processo Civil*, Editora RT: São Paulo, 2004). Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/f/fc/II-texto6-Fiss.pdf>.

Aula 10: Desenhando tribunais não-judiciais

- Anais da Assembleia Nacional Constituinte, Proposta da Subcomissão de Poder Judiciário [trechos selecionados pelos professores]
- Fábio Konder Comparato, *Muda Brasil* [projeto de Constituição elaborado em 1985 — trechos selecionados pelos professores]
- Exposição de Motivos e Proposta de Emenda à Constituição n.342/2009, de autoria do Dep. Flávio Dino [procure por esse texto no site da Câmara]
- Proposta de Emenda à Constituição n.33/2011, de autoria do Dep. Nazareno Fonteles [procure por esse texto no site da Câmara]

Aulas 11 e 12: A Relação entre Executivo e Legislativo no Brasil

- Argelina Figueiredo e Fernando Limongi, “Mudança Constitucional, Desempenho Legislativo e Consolidação Institucional” in: *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*, FGV, 1999.

Aulas 13 e 14: Agências independentes

- Bresser Pereira, “Agências Executivas”. Texto disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/Mare/Agencias/caderno9.pdf>.
- Mariana Mota Prado, “Agências Reguladoras, Independência e Desenho Institucional”. Texto disponível em: http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/6/6d/Texto_Mariana_Prado.pdf.



Aula 15: Além da Tripartição

- Bruce Ackerman, “The New Separation of Powers”, *Harvard Law Review*, v.113, n.3, 2000. Trechos a serem indicados pelo professor.
- Bruce Ackerman, “Adeus, Montesquieu”, tradução publicada na *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014. Trechos selecionados pelo professor.

Aula 16: PROVA (P1)

Aula 17: Vista de prova

MÓDULO III — PROPRIEDADE

Aulas 18-19: Ideais Legitimadores

- Richard Posner, “Análise Econômica do Direito”. (trechos selecionados, trad. FGV, disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/8/84/III-texto2-Posner.doc>)
- John Locke, Segundo Tratado sobre o Governo Civil. (trechos selecionados, disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/4/4e/III-texto1-Locke.pdf>)

Aula 20: Tratamento dogmático

- Caio Mário da Silva Pereira, “Propriedade em Geral”. Texto será fornecido pelo professor.

Aulas 21-22: Problemas selecionados

- Ronaldo Lemos, “Um Modelo Alternativo de Remuneração na Propriedade Intelectual” *in* *Direito, Tecnologia e Cultura*, 2006.
- Joseph Singer, “Normas Sistêmicas e Distributivas”. (trechos selecionados, trad. FGV, disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/6/64/III-texto3-Singer.doc>)



MÓDULO IV — IGUALDADE

Aulas 23-25: Ideais Legitimadores

- Jean Jacques Rousseau, *Discurso sobre a Origem e Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. [trechos selecionados, a serem enviados pelo professor]
- Amartya Sen, “Igualdade de Quê?”, *in A Desigualdade Reexaminada*. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/ef/Sen.pdf>.
- Ronald Dworkin, “Por que os liberais devem prezar a igualdade”, *in Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (pp. 305-317)

Aula 26: Tratamento dogmático

- José Afonso da Silva, “Direito de Igualdade” in: Curso de Direito Constitucional Positivo, 2001.
- Celso Antonio Bandeira de Mello, “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” [trechos selecionados, a serem enviados pelo professor]

Aulas 27-28: (Re)Desenhando Igualdade

- Anne Alstott & Bruce Ackerman. *The Stakeholder society*. New Haven and London: Yale University Press, 1999. (pp. 181-196 e 210-216)
- Serguei Suarez Dillon Soares. *Distribuição de renda no Brasil de 1976 a 2004 com ênfase no período entre 2001 e 2004*. Brasília: IPEA, 2006. (Texto para discussão 1166) Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1670/1/TD_1166.pdf>. Acesso em 10 jun. 2014. (pp. 1, 25-26)
- Celia Lessa Kerstenetzky, “Políticas Sociais: focalização ou universalização.” *Revista de Economia Política* 26 (4), 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rep/v26n4/06.pdf>.



III — QUESTÕES DE APOIO ÀS LEITURAS

MÓDULO I

Henry Hart & Albert Sacks, "Observação sobre a Função do Profissional Jurídico"

Para a primeira aula do curso, a leitura prévia é o texto "Observação sobre a Função do Profissional do Direito e a Relação entre o Direito e as Ciências Sociais", de Henry M. Hart e Albert M. Sacks (ver a seleção de leituras nº 1 anexa a este material).

Ao ler esse texto em preparação à aula, pense se, com o conhecimento que Você já tem das atividades de um profissional jurídico, Você consegue dar sentido à distinção entre atividades de "arquitetura de estruturas normativas" e de "aplicação de estruturas normativas". Em que consiste cada uma dessas atividades? Que exemplos de tarefas e trabalhos conhecidos do profissional jurídico Você associaria a cada uma delas? Quais habilidades e competências concretas estão envolvidas nesses trabalhos? Qual o papel do profissional jurídico associado a elas?

Por fim, para os autores, a distinção entre atividades de "arquitetura de estruturas normativas" e de "aplicação de estruturas normativas" também serve de ponto de partida para entender a relação entre o direito e outras ciências sociais. O que Você acha que os autores querem dizer com "o direito é ciência social aplicada"?

Felix Cohen — "Nonsense Transcendental e a Abordagem Funcional" 35 Colum. L. Rev. 809, 1935 (trechos selecionados, tradução FGV).

1. Segundo Cohen, como foram decididos os casos *Susquehanna* e *Dodge Bros*? Partindo do relato de Cohen, qual regra Você acha que foi utilizada pela corte nesses casos? Qual é a opinião de Cohen sobre o uso dessa regra? Quais seriam os critérios adotados por Cohen para resolver o problema? A adoção desses critérios daria mais *certeza* ao resultado? Então, qual vantagem Cohen identifica na adoção desses critérios? Você concorda com o autor?
2. Quais seriam os contra-argumento possíveis à crítica de Cohen ao uso da "retórica jurídica tradicional" na atividade judicial? (Por exemplo, pode-se reconhecer que a retórica meramente jurídica dos casos citados não leva em consideração as conseqüências das regras,



mas discordar que o judiciário deva fazer esse tipo de consideração; pode-se achar que o judiciário deva fazer esse tipo de consideração, mas achar que ele já o faz bastante; pode-se achar que considerações “meramente jurídicas” têm um papel importante a desempenhar; pode-se achar que ele negligencia o papel da jurisprudência na tomada de decisão; etc.)

3. Pode-se ler o argumento de Cohen como uma crítica voraz do raciocínio meramente jurídico e como proposta de que o judiciário faça considerações sobre as conseqüências das regras e decida com base em considerações “éticas” em todos os casos. Quais as diferenças entre essa leitura de Cohen e a idéia de decisão a partir de princípios e objetivos da regras estudadas em IED 1?
4. Outra forma de ler o argumento de Cohen é tomá-lo não como uma proposta de substituição da forma de raciocínio adotada na decisão de controvérsias jurídicas, mas como exprimindo uma preocupação com o entendimento do fenômeno jurídico, sua descrição, previsão e crítica. Qual a diferença?
5. Ao discutir a importância da “marca”, Cohen afirma que os tribunais norte-americanos de seu tempo se afastaram de um raciocínio preocupado com a proteção do consumidor, para um raciocínio preocupado com a proteção da propriedade. O que você acha que significa para esses tribunais dizer que quem inventou uma marca “criou valor”? Por que Cohen critica esse critério? Qual o círculo vicioso de que ele fala? Quanto convincente é a opinião de Cohen?
6. Cohen afirma que, “ao estabelecer uma desigualdade na exploração econômica da linguagem”, os tribunais estão “criando riqueza econômica e propriedade”. Qual o problema disso para Cohen? O que vocês acham da posição deles? Vocês acham que Cohen concordaria com a sugestão de que os tribunais não protejam marcas, restringindo-se a um papel passivo? O que está em jogo?
7. No entender de Cohen, por que as decisões jurídicas costumam evitar considerações sobre as conseqüências das decisões? Compare a discussão dessa questão nos casos *Susquehanna* e *Dodge Bros* e depois na proteção de marcas. A análise de Cohen sobre marcas acrescenta de maneira explícita algo à crítica das decisões *Susquehanna* e *Dodge Bros*: a preocupação com o caráter ideológico e mascarador



da retórica jurídica. Até que ponto essa preocupação é importante para o argumento de Cohen?

8. Considere a questão proposta por Cohen: Se “todas as palavras tem igual potencial atrativo no âmbito comercial, mas se tornam diferenciadas através da propaganda e outras formas de exploração comercial, será esse tipo de pressão comercial um fenômeno positivo, ou que deva ainda ser encorajado (...)?” Você acha que essa é uma questão para ser respondida pelos tribunais? Você acha que essa é uma questão importante?
9. Apesar de criticar a retórica jurídica, o texto de Cohen é fortemente retórico: até que ponto você acha que a descrição da fundamentação de decisões oferecida por ele como um *non-sense transcendental* é convincente? Mesmo que você ache que a descrição não é totalmente fiel, o que você acha que aprendeu ao ler o texto?



MÓDULO II

Montesquieu, **O Espírito das Leis** [Livro Décimo Primeiro, I-VI] e *Os Federalistas* — *Federalist Papers, ensaios n. 47-51*

1. [introdução e liberdade]

No início do trecho selecionado d'**O Espírito das Leis**, Montesquieu enuncia uma distinção entre as leis que formam a liberdade política “em sua relação com a constituição” daquelas que a formam “em sua relação com o cidadão”, sendo as primeiras tratadas no trecho selecionado e as outras no capítulo seguinte do livro. Montesquieu somente detalha a distinção no capítulo seguinte, que não teremos lido, mas já é possível entender o significado da distinção.

Essa distinção está espelhada, de certa forma, na organização do curso: a liberdade política, no primeiro caso, é formada por uma certa distribuição dos três poderes (a constituição do estado); no segundo caso, consiste na segurança, ou sentimento de segurança, do cidadão individualmente considerado (um sistema de direitos).

Montesquieu, então, descreve (e ironiza) diferentes significados atribuídos à palavra liberdade. Quais são eles? Por exemplo, o costume de possuir uma longa barba. Por que Montesquieu o consideraria insatisfatório?

Montesquieu descreve comportamentos ou definições históricas ou costumes associados a liberdade, mas está preocupado em construir um conceito próprio, de liberdade política, distinto de “fazer o que se quer”. Então, como Montesquieu define liberdade política? Por que ele distingue independência de liberdade? Haveria liberdade se cada um pudesse fazer o que quisesse, inclusive aquilo que as leis proíbem? Podemos falar de liberdade política numa sociedade em que não existem leis? Que idéia de “lei” está pressuposta na definição de Montesquieu?

Montesquieu declara que a democracia e a aristocracia não são estados “livres por natureza”. Apenas nos “governos moderados” encontraríamos a liberdade política. Por quê? No entanto, mesmo nos governos moderados, a liberdade política não é necessária, em razão da tentação do “abuso do poder” a que todo homem que o possui é levado. Isso pode ser evitado? Como Montesquieu propõe evitar isso? O que significa “é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”? Como seria uma constituição que seguisse esse princípio?



2. [separação de poderes]

A constituição da Inglaterra passa então a ser examinada detidamente por Montesquieu. Por que ele escolhe a constituição da Inglaterra? Em que seu objeto difere das demais?

Pela primeira vez no texto, Montesquieu distingue os três tipos de poder. Quais são eles? O que cabe a cada um fazer?

Por que os poderes devem estar separados — isto é, não reunidos na mesma pessoa ou corpo (hoje, órgão)? Montesquieu fala que “tudo estaria perdido” se não houvesse essa separação. Que riscos e valores Montesquieu associa à idéia de liberdade para justificar a separação dos poderes? Que riscos a sociedade correria se o poder legislativo e o poder executivo estivessem reunidos na mesma pessoa? E na reunião do poder legislativo e do poder de julgar? E do poder de julgar e do poder executivo?

Montesquieu dá a entender que a República e a Monarquia podem ser mais ou menos livres. Por quê? Que características da sua organização de poderes ou dos corpos sociais que as formam as tornam mais ou menos livres para Montesquieu?

3. [judiciário]

Montesquieu sugere que, diferentemente dos demais poderes, o poder de julgar não seja dado a um corpo permanente, mas seja formado por pessoas do povo, selecionados por um período determinado e conforme a necessidade, sem ligação com profissões ou estados específicos, que se torne “invisível e nulo”. Qual a razão de Montesquieu? O que distingue os outros dois poderes do poder de julgar? Por que o poder de julgar seria, de alguma forma, nulo? Mais adiante no texto, Montesquieu repete que os juízes de uma nação “não são mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei”. O que significa isso? Que papel Montesquieu atribui ao poder de julgar na relação entre os três poderes?

Qual a importância da idéia de regularidade, consistência e segurança em ambos os textos? Como a idéia de liberdade se define a partir desses critérios e que instituições derivam deles (p.ex., a própria separação dos poderes, especialmente a separação entre criar leis e aplicá-las)?

Você concorda com esse papel do Judiciário? O Judiciário deve desempenhar esse mesmo papel hoje?



4. [legislativo executivo]

Como deve ser organizado o poder legislativo, segundo Montesquieu?

Considerando que “todo homem que supostamente tem uma alma livre deve ser governado por si mesmo”, o povo deveria assumir o poder legislativo diretamente? Por quê? Que razões justificam a existência de representantes?

Segundo Montesquieu, o que cabe ao poder legislativo fazer? O que não lhe cabe fazer?

Montesquieu afirma que um dos papéis principais do Executivo decorre da necessidade de uma ação momentânea. Poderia caber ao executivo fazer leis momentâneas? Como isso funcionaria? Como isso impactaria o equilíbrio entre os poderes?

5. Os Federalistas

Que semelhanças e diferenças Você encontra entre o argumento de Montesquieu e os artigos Federalistas indicados para leitura?

- Em termos de desenho institucional, de que forma os autores da Constituição dos Estados Unidos procuraram fazer com que todas as nomeações para as “*supremas magistraturas*” nos três poderes “*saiam do povo (...) por meio de canais que não tenham entre si a mínima comunicação*”? Por que o Poder Judiciário representa um “desvio” em relação a esse princípio geral, enunciado no Federalista n. LI?

Rogério Bastos Arantes, “*Judiciário: entre a Justiça e a Política*” in Lucia Avelar e Antônio Octávio Cintra (orgs) *Sistema Político Brasileiro: Uma Introdução*, São Paulo: Unesp, 2004.

- Quais são as características institucionais do poder judiciário desenhado como um “poder político”? Por que, segundo Rogério Bastos Arantes, um judiciário com esse desenho expressa uma concepção política “liberal”, em oposição à concepção “republicana” da França pós-revolucionária?
 - Você concorda a observação de Tocqueville, descrita no texto, quanto ao papel “aristocrático” dos juízes e advogados na sociedade dos EUA?
 - Quais os problemas que a criação de Tribunais Constitucionais procura resolver? Por que não se adotou o modelo de controle “difuso” de constitucionalidade já existente nos EUA?



- O texto de Rogério Bastos Arantes discute várias transformações sociais e institucionais que ocorreram nestes quase dois séculos que nos separam de Montesquieu e dos autores dos artigos Federalistas. Quais foram essas transformações? Em que medida elas afetam a pertinência das preocupações e propostas de Montesquieu e dos Federalistas para se desenhar instituições nos dias de hoje? Quais as semelhanças e diferenças entre os nossos ideais e os deles?

Lon Fuller, “As formas e limites da atividade jurisdicional” *Harvard Law Review*, vol. 92, 1978 (trechos selecionados, tradução livre FGV)

1. Quais são as questões que o texto procura responder? O que o autor quer dizer com *limites* da atividade jurisdicional? E *formas* da atividade jurisdicional?
2. O que o autor quer dizer por “atividade jurisdicional verdadeira”? Por que o autor quer defini-la? O autor contrasta um entendimento da atividade jurisdicional baseado na sua função de resolução de controvérsias com uma concepção da atividade jurisdicional como forma de ordenação social. Qual é, para ele, a forma mais apropriada para entendê-la? Por quê? Você concorda com o autor?
3. O autor distingue a atividade jurisdicional de dois outros tipos “básicos” de ordenação social: a organização por objetivos comuns e a organização por reciprocidade. Quais exemplos ele utiliza para ilustrar cada uma dessas categorias? Quais outros exemplos Você consegue imaginar? Você acha que essas categorias expressam o que há de essencial na organização social? No exemplo da pedra, imagine que um dos homens não seja um fazendeiro que precise usar a estrada, mas somente uma pessoa disposta a ajudar. Pense também numa instituição de caridade, uma que você conheça e confie — você acha que esses exemplos se encaixam nas categorias de ordenação social que o autor apresenta? Você acha que eles expressam um modelo menos fundamental de organização social? Você acha que essas questões abalam o argumento do autor? Como? O autor associa as duas formas básicas de organização social aos interesses dos participantes (“querer a mesma coisa” ou “querer coisas diferentes”). Você acha possível dizer que a atuação da instituição de caridade é informada pelos “interesses” dos seus membros? Você acha que tal descrição faz jus à instituição? Pense então numa igreja, ou numa



- escola — você acha que descrever essas instituições apenas em termos de “interesses” é apropriado? Por quê?
4. O autor diz explicitamente que exemplos como “vamos levar nosso caso ao fórum da opinião pública” ou dois homens discutindo “na presença” de um terceiro não servem como modelos de organização institucional. Imagine, porém, que ele tivesse mantido esses exemplos como “expressão básica da verdadeira atividade jurisdicional” — Você acha que ele teria chegado a conclusões diferentes sobre os limites da atividade jurisdicional? Por quê? Imagine agora que ao invés desses exemplos o autor tivesse usado um chefe tribal imaginário que resolve os conflitos de sua tribo? Como isso mudaria o argumento do texto? Como o autor justifica a transição dos exemplos para as formas institucionais? O que você acha dessa justificativa?
 5. O autor havia inicialmente usado dois exemplos “pouco institucionalizados” (os exemplos dos fazendeiros) para descrever as opções básicas de organização social (por objetivos comuns e por reciprocidade). Agora, ao discutir a atividade jurisdicional ele afirma que “é apenas quando uma forma específica de ordenação explicitamente disciplina uma relação que se pode destacá-la claramente por comparação a formas alternativas de comparação.” Isso o leva a identificar “contrato” como a expressão mais formal e explícita da reciprocidade, e “eleições” como a formalização mais conhecida da organização por objetivos comuns. Compare os exemplos iniciais com essas formas institucionais. Você acha que “contrato” expressa fielmente a organização por reciprocidade? Por quê? Que tipo de contrato o autor tem em mente? Você acha que “eleições” expressa a idéia de organização por objetivos comuns? Por quê? Qual seria o “objetivo comum” no caso das eleições? Imagine partidários do governo e da oposição. Imagine membros da UDR e do MST. Você acha que descrever sua votação nas eleições se encaixa com a idéia de organização por objetivos comuns? Você acha que isso abala de alguma forma a idéia do autor? Por quê?
 6. O autor distingue contratos, eleições e atividade jurisdicional pelo modo de participação da parte afetada. Imagine agora um contrato entre a prefeitura do Rio e uma empresa de consultoria para o desenvolvimento de um projeto urbanístico. Quem são as partes afetadas? Você acha que um entendimento mais amplo de “partes afetadas” abala o argumento do autor em algum sentido? Agora imagine contratos que as pessoas fazem todos os dias ao comprar



uma passagem de ônibus, um suco no supermercado, etc. Você acha que “negociação” exprime a forma como essas pessoas tomam parte nessas atividades? Qual a relevância dessa observação para o argumento do autor? Como ele responderia? Como o autor justificaria, em vista dessas considerações, que “negociação” seja o modo de participação característico do contrato? Além do modo de participação, Você consegue imaginar outras características que distingam contratos e eleições? Como o autor justifica que o modo de participação seja o “aspecto característico” dessas instituições?

7. Por que o autor quer definir as características essenciais da atividade jurisdicional? Qual a relação dessas características e os limites da atividade jurisdicional? Por que não definir os limites de outra forma: por exemplo, a partir de uma consideração da possibilidade do judiciário levar a cabo certos objetivos como a realização da igualdade, a promoção do desenvolvimento, etc.? Ou então a partir de uma consideração do perfil dos membros do Poder Judiciário? Que tipo de limites os autor tem em mente? Você acha que esse é o melhor modo de identificar os limites da atividade jurisdicional?
8. Qual problema o autor vê em identificar na “posição peculiar do juiz” a “essência” da atividade jurisdicional? O que você acha dessa idéia? Por que ele nega que a “autoridade estatal” seja um aspecto característico da atividade jurisdicional? Não seria mais simples distinguir um juiz de futebol e um juiz de feira de gado de juízes de direito ao dizer que estes resolvem controvérsias e os outros não? O que o autor responderia? Você concorda com ele?
9. Qual o aspecto essencial da atividade jurisdicional para o autor? Você concorda? A possibilidade de apresentar argumentos e provas não surge também em negociações de contrato e em votações? Isso é um problema para o argumento do autor? Explique. Por que “negociar em boa-fé” seria um dever jurídico mais ou menos anômalo? Você não acha que ele é um aspecto central da organização social da reciprocidade? Como isso afetaria o argumento do autor? Por que o ônus de racionalidade característico da atividade jurisdicional seria uma *fraqueza*? Como o autor diferencia o papel da racionalidade em eleições e contratos do papel exercido na atividade jurisdicional?
10. Que razões o autor apresenta para não circunscrever a atividade jurisdicional aos “casos em que direitos são declarados”? Você concorda com o autor que “não importa o que eles decidam ou o que quer



que seja a eles submetido para uma decisão, tende a se converter numa alegação de um direito ou numa imputação de culpa”?

11. O autor afirma que “atividade jurisdicional não é uma forma adequada de ordenação social nas áreas em que a efetividade da associação humana fosse destruída se organizada em torno de “direitos” ou “violações” formalmente definidos.” O que ele quer dizer com isso? Ele diz, por exemplo, que os tribunais se recusam a dar força a contratos “relativos à organização familiar” — você acha que isso é um motivo para se dizer que tribunais não deveriam fazê-lo? Que tipo de contratos ele pode ter em mente? E se os tribunais comesçassem a reconhecer esse tipo de contrato — isso teria algum impacto na argumentação do autor? Como ele poderia reagir de modo a não mudar seu argumento? Se os tribunais têm recusado a dar força a esses contratos regularmente, isso significa que esse tipo de controvérsia tem sido regularmente levado às cortes — você acha essa informação relevante? Além disso, os tribunais aplicam uma série de regras às relações entre marido e mulher, desde regras sobre partilha de bens até provisões específicas sobre violência doméstica. Isso afeta o argumento do autor? Como a idéia de que a atividade jurisdicional não serve para certas áreas se encaixa com o que o autor identificou como a característica essencial dessa atividade, a garantia às partes de uma oportunidade para a apresentação de provas e argumentos justificados? Qual a implicação disso para a solidez do argumento do autor? O que você acha da afirmação do autor de que “sempre que a associação exitosa entre os homens depende de colaborações espontâneas e informais, variando suas formas conforme a tarefa a cumprir, esse não é o lugar da atividade jurisdicional, a não ser para declarar determinadas regras básicas aplicáveis a uma grande variedade de atividades”. Qual a diferença entre este limite e o limite mencionado anteriormente? Você acha que isso tem a ver com características de certas “áreas” ou com uma capacidade do judiciário em resolver certos tipos de problemas? E o que você acha da afirmação de que “a incapacidade de uma determinada área da atividade humana para tolerar uma constante delimitação de direitos e deveres é também uma medida para sua incapacidade de responder a uma racionalidade muito exigente, uma racionalidade que requer uma razão explícita para qualquer passo dado”? Hoje em dia existem várias áreas da atividade humana que são fortemente reguladas pelo direito, mas que há algum tempo eram vistas como “inapropriadas” para regulação — direitos ambientais, direitos econômicos, direitos de consumo. Qual impacto isso causa no argumento do autor? Você



acha que a jurisprudência que estudou até agora sustenta a idéia de que a atividade jurisdicional exige uma “racionalidade que requer uma razão explícita para qualquer passo dado”?

12. Na parte final do texto, o autor introduz a idéia de “tarefas policêntricas”. O que são essas tarefas? Pense nos exemplos da Sra. Timken e do país socialista. Que características podem ajudar a entender o que é uma tarefa policêntrica? No caso da Sra. Timken, o autor diz que “a posse de qualquer dos quadros tem implicações para a posse correta dos outros quadros”. O que isso significa? Por que a preferência dos dois museus deveria ser levada em conta pelo juiz? Da mesma forma, porque os tribunais deveriam levar em conta “as repercussões complexas que podem resultar da mudança de preços ou salários”? Ao definir, por exemplo, o índice que define o cálculo da tarifa de energia para os consumidores, como ocorreu no Brasil, o tribunal não está realizando uma tarefa policêntrica? O que o autor responderia? Não poderiam todas, ou ao menos grande parte das decisões judiciais, ser vistas como tarefas policêntricas? Isso apresenta algum desafio ao argumento do autor? Como ele trata dessa questão? Qual a relevância de elementos do sistema jurídico, como “vinculação a precedentes”, para que os tribunais lidem com tarefas policêntricas? Explique.
13. Por que o judiciário, ou de uma maneira mais ampla, a atividade jurisdicional, não é adequada para levar a cabo tarefas policêntricas?
14. O que você achou do texto? Você concorda com o autor?

Owen Fiss — “As Formas de Justiça”, in Um Novo Processo Civil, Editora RT, São Paulo: 2004 (trechos selecionados).

1. Em que consiste a “necessidade constitucional” mencionada pelo autor no primeiro parágrafo? Por que ela existe? Como o autor justifica o papel dos tribunais na tarefa de dar significado específico para valores constitucionais? Em que consiste a “reforma estrutural” a que se refere o autor? Por que ela envolve um “embate entre o Judiciário e as burocracias estatais?” Por que o autor afirma que ela é “baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos”?



2. O que foi *Brown v. Board of Education*? Como a Suprema Corte norte-americana tratou da questão da reforma estrutural nos anos seguintes?
3. Em que consiste o “modelo de solução de controvérsias”? Qual sua relevância para a discussão da reforma estrutural?
4. Para o autor, quais são os pressupostos do modelo de solução de controvérsias? Qual é o foco da reforma estrutural e porque isso a diferencia do modelo de solução de controvérsias? Qual é a estrutura de partes no modelo de solução de controvérsias? Quais as características do autor da ação no modelo de reforma estrutural? Quais as características do réu da ação no modelo de reforma estrutural? Qual a diferença entre a postura do juiz no modelo de solução de controvérsias e no modelo de reforma estrutural? Quais as diferenças entre a fase de execução nos dois modelos?
5. Qual o problema que o autor vê nas críticas-padrão à reforma estrutural? O que ele quer dizer com “prioridade normativa”? Qual crítica faz o autor da idéia de que se pode explicar a função do judiciário por analogia ao conflito sobre posse de terras decidido por um terceiro no estado de natureza? Qual analogia o autor propõe em sua substituição? Por quê?
6. O autor postula certa continuidade entre casos “comuns” e casos de reforma estrutural. Nos dois tipos de casos, o juiz desempenha a mesma função, “fazendo valer as normas públicas existentes e, conseqüentemente, protegendo sua completude, ou formulando novas normas”. Compare essa visão do judiciário a partir de sua função com uma visão do judiciário que vê como central a argumentação das partes. Qual lhe parece melhor? Por quê?
7. Em que sentido o autor usa os termos privado e público? O que torna privada uma controvérsia? Por que o autor acredita que controvérsias privadas seriam mais apropriadas para árbitros e não juízes?
8. Em que consiste a crítica instrumental à reforma estrutural? O que o autor considera plausível nessa crítica? Por que ele acha que a plausibilidade dessas “premissas empíricas” não torna a crítica convincente? Como o autor responde à idéia de que órgãos administrativos estariam mais capacitados para reconstruir instituições sociais?



Por que essa idéia reflete, na opinião do autor, “uma falsa compreensão do porque das cortes estarem envolvidas”?

9. Como o autor responde à crítica histórica? Para ele, a mudança na forma da adjudicação é sinal de que mudança relevante?
10. O autor sugere que “no centro da concepção dos limites da adjudicação de Fuller (...) está o direito individual à participação em processos que afetem o indivíduo desfavoravelmente.” Segundo ele, esse direito “individualista” seria comprometido “pelo tipo de representação que constitui o núcleo de um processo judicial estrutural — a representação de interesses não por indivíduos identificáveis, mas por representantes de grupos e classes”. Você concorda com ele? Por quê?
11. O autor critica as conclusões prescritivas (“normativas”) que Fuller parece deduzir de sua descrição da atividade jurisdicional. Por isso, ele entende o texto não como Fuller o descreve, uma tentativa de derivar os limites da atividade jurisdicional a partir de uma descrição de sua forma básica, mas como “uma pressuposição de que a restrição do direito de participação individual é o parâmetro para aferição da legitimidade de um processo que pretende ser uma adjudicação”. O que Você acha dessa crítica?
12. Quais são os critérios pelos quais o autor acredita poder julgar a tese do Fuller? O autor afirma que “praticamente toda criação de norma pública é policêntrica” e que as idéias de Fuller poderiam tornar quase toda legislação “ilegítima”. Como Fuller poderia responder à essa afirmação? O que o autor quer dizer ao afirmar que a idéia de Fuller “seria apenas um trunfo formal do individualismo”. Você concorda?

Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi, “Mudança constitucional, desempenho do Legislativo e consolidação institucional.” in: Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional, Rio de Janeiro, FGV, 1999, pp.41-72

1. Quais são, na sua opinião, as principais idéias apresentadas no texto? Você acha que os autores sustentam de maneira adequada cada uma delas? Explique. Enfim, essas idéias modificam ou afetam a visão de separação de poderes que você tinha antes de ler o texto? Como?



Introdução

2. Em que consiste a “continuidade legal” entre o período estudado no texto (1989-1994) e o período do autoritarismo? Qual a consequência dessa continuidade, segundo os autores? Segundo uma visão tradicional de Separação de Poderes, o Legislativo deveria contrabalançar o poder do Executivo. Essa visão é consistente com os dados levantados pelos autores?

O quadro institucional

3. Quais disposições da Constituição Federal de 1988 fortaleceram o Legislativo? Por que o Legislativo estava enfraquecido? Por que os autores consideram a medida provisória uma continuidade do instituto do decreto-lei? Quais são os poderes do Congresso em matérias orçamentárias e tributárias? Por que os autores acreditam que não se deve sobreestimá-los? Que mecanismo diminui o poder de barganha do Legislativo na discussão do orçamento?
4. O que os autores querem dizer por “participação individual” dos deputados, por oposição à fidelidade partidária? Quais elementos institucionais da organização dos trabalhos do Congresso resultam no fortalecimento das lideranças partidárias?

O poder institucional do Executivo

5. Qual a conclusão dos autores com relação ao Gráfico n. 1? Você acha que o gráfico sustenta essa conclusão? Qual a conclusão dos autores com relação aos dados da Tabela 1? Como eles explicam a preponderância do Executivo? Em que consiste o controle da agenda pelo Executivo? Por que os autores acreditam que o Legislativo possui “pequena margem de manobra” no que concerne à votação de leis orçamentárias?
6. Por que o tempo de tramitação de leis indicado na Tabela 3 seria relevante para avaliar o poder de agenda do Executivo? Os autores afirmam que projetos de lei de iniciativa do Legislativo são apresentados, em geral, por parlamentares individuais. Qual a relevância desse fato para o tempo de tramitação dessas leis? De que forma os dados da Tabela 5 sugerem, como dizem os autores, que “projetos



de origem do Executivo recebem tratamento privilegiado”? Em que consiste esse tratamento privilegiado?

A organização interna dos trabalhos legislativos

7. Na opinião dos autores, qual a principal característica do processo decisório na Câmara dos Deputados? Qual seria em tese o poder das comissões permanentes? Por que elas não detêm, de fato, esse poder? Qual mecanismo permite que o processo legislativo não obedeça ao fluxo imaginado no regimento? Então, como é organizado, de fato, o processo? Quem compõe o colégio de líderes (v. pág. 46 e nota de rodapé 28)? De que forma os números no Gráfico 2 sustentam a idéia de que o processo usual de aprovação de leis é ditado pelo colégio de líderes?
8. Qual a conclusão dos autores a partir dos dados da Tabela 7? Que outros dados você imagina que poderiam ser úteis para avaliar o destino dos projetos que são aprovados em caráter definitivo pelas comissões permanentes? Consulte a Tabela 8 e releia o texto que a acompanha. Você acha que os dados da Tabela sustentam a conclusão dos autores de que “o Congresso rejeita apenas suas próprias leis”? Como se dá a atuação do colégio de líderes na aprovação de projetos de natureza econômica e social (v. Tabela 11)? Qual a conclusão dos autores a esse respeito?

Conclusão

9. Segundo os autores, qual o papel usual do plenário na deliberação sobre os projetos de lei? Por que os autores acreditam que a organização centralizada dos trabalhos favorece o Executivo? De que forma os dados apresentados ao longo do texto sustentam essa idéia? Os autores tentam responder a uma objeção à sua idéia de que o Legislativo não constitui um obstáculo à agenda do Executivo — a idéia de que a alta porcentagem de projetos aprovados mascara o fato de que o governo pode estar apenas enviando projetos que acredita que irá ganhar. Quão convincente é essa objeção? E a resposta que os autores oferecem?
10. Questão Extra: A disciplina constitucional das medidas provisórias foi alterada após a publicação desse texto. Consulte a Constituição



Federal e responda: até que ponto as mudanças implementadas poderiam afetar a idéia dos autores acerca da preponderância legislativa do Executivo?

Luiz Carlos Bresser Pereira, *“Agências Executivas”*, in **Reforma do Estado para a Cidadania** (capítulo 12), São Paulo, Ed. 34: 1998, pp. 225-234.

1. O contexto do texto é a proposta de Reforma do Aparelho de Estado iniciada no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, em meados da década de 90. Quais os propósitos principais dessa Reforma? O autor menciona, no início do texto, a existência de um documento chamado Plano Diretor (o nome completo é Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado). Você sabe do que se trata? O que Você acha que um documento como esse deve conter?
2. O autor faz referência, no início do texto, a “atividades exclusivas de Estado”, cuja execução caberia às agências. Que atividades, na sua opinião, deveriam ser exclusivas de Estado? Após sua leitura do texto, a que atividades Você acha que o autor estava se referindo? Dê exemplos.
3. O autor distingue dois tipos de agências executando atividades exclusivas de Estado. Quais são? O que as diferencia? Qual a diferença entre políticas de Estado e políticas de governo? Quais suas características essenciais?
4. O autor diz tratar-se, em ambos os casos, de “autarquias” dotadas de autonomia especial. O que são autarquias? Elas são órgãos do Poder Executivo ou Legislativo? Em que consiste a autonomia especial que elas teriam recebido? Por que dotá-las dessa autonomia?
5. Na nota de rodapé nº 143, na página 226, o autor afirma que a estipulação de contratos de gestão entre o corpo diretivo da agência e o ministério a que ela se subordina facilita a definição de diretor com mandato. Abstraindo um pouco dos detalhes desse contrato de gestão, por que a preocupação em definir um mandato para a diretoria da agência? E por que esse contrato de gestão deveria conter “compromissos de resultados”? Qual a relação entre os compromissos firmados e a autonomia da agência?



6. [note como os temas das perguntas acima são tratados resumidamente no início do texto e com mais detalhes nos demais tópicos do texto]
7. O autor afirma que, no governo Fernando Henrique Cardoso, as agências reguladoras exerceram papel fundamental. Que papel foi esse? Que setores da economia elas regulam? Por que as agências ganharam essa relevância nesses setores? Quais as principais agências reguladoras criadas no período?
8. O autor indica que o plano de criação das agências deve manter uma separação clara entre órgãos situados no “núcleo estratégico do Estado” e agências executivas. Por quê? Qual o papel atribuído aos órgãos situados no núcleo estratégico do Estado? Como essa separação os fortalece?
9. Qual a importância, no contexto de criação das agências, da elaboração de um plano estratégico para sua atuação? O que esse plano deve conter? Como deve ser acompanhada e controlada a sua implementação? O plano é imutável? Qual a função do plano, se ele pode variar?
10. Como devem ser definidas e descritas as metas e indicadores de desempenho das agências? Esse processo é meramente intelectual ou é necessária infra-estrutura especial para suportá-lo? Como são obtidos “dados de realidade” para serem confrontados às metas e indicadores definidos? Esses dados estão facilmente disponíveis?
11. Em que consiste a autonomia das agências? Como ela se dá na prática? Por exemplo, que define o orçamento das agências? Como ele é executado?
12. O autor afirma que essa autonomia é “uma condição intrínseca ao modelo de gestão que se pretende ver implementado e mantido”. Que modelo é esse? Por que a autonomia das agências é condição do modelo?
13. Segundo o autor, quais as principais dificuldades encontradas no processo de implementação das agências?



MÓDULO III

John Locke, Segundo Tratado sobre o Governo Civil [capítulo V — A Propriedade]

Ao ler o texto, procure entender como o autor concebe a origem da propriedade privada a partir do trabalho de quem se apropriou de coisas comuns — quais valores justificam essa idéia? — e como essa forma de apropriação e seus limites são afetados quando os homens passam a fazer regras sobre aquisição de propriedade. Procure também entender quais são os limites do direito de propriedade segundo o autor, e como eles se relacionam com outros temas do capítulo, como moeda e troca. Quais valores justificam esse limite? Eles são comprometidos pelo surgimento da moeda? Depois, tente responder as questões abaixo.

1. Quais das justificativas do direito de propriedade que discutimos na aula introdutória do Módulo (nossas idéias intuitivas) estão presentes no texto de Locke? Como elas surgem no texto?
2. Por que Locke afirma haver um direito à apropriação de coisas comuns por meio do trabalho? Qual a diferença entre dizer que há um direito a essa apropriação e dizer apenas que essa apropriação ocorre? Essa apropriação depende da existência de um poder político estabelecido? Então ela depende de quê?
3. Quais os limites do direito de propriedade segundo o autor? Por que esses limites existem? Eles dependem da existência de um poder político estabelecido? Imagine que, ao invés de ser propriedade comum da humanidade, a Terra fosse originalmente de ninguém — você acha que isso poderia afetar os limites do direito de propriedade afirmados pelo autor?
4. Como a introdução da moeda afeta esses limites? Você acha que o direito à acumulação além da auto-suficiência é compatível com o direito natural à auto-preservação dos homens? Você acha que as leis de um país poderiam permitir acumulação de propriedade que, na prática, impedisse que pessoas dispostas e capazes de trabalhar pudessem subsistir? Como Locke responderia essa questão?
5. Você acha que as terras comuns de uma comunidade política foram apropriadas, particularizadas a partir das terras comuns da humanidade? Por que o consentimento dos cidadãos é necessário para a apropriação de terras comuns onde o governo foi estabelecido? Por



que a apropriação pelo trabalho não ocorre da mesma forma como na ausência de organização política? Locke justifica a acumulação de riquezas como uma função da criação da moeda (ela permite que se acumule sem desperdício) — mas qual o papel do poder político na organização das regras sobre acumulação de riqueza? Mais especificamente, os cidadãos podem organizar suas leis de forma que algumas pessoas não consigam ter propriedade privada? Como você acha que Locke responderia essa questão?

6. Agora que você conhece as idéias de Locke, reflita sobre as formas pelas quais a propriedade deveria ser organizada. Pense na questão agrária no Brasil. Por exemplo, Você acha que o texto de Locke ajuda a pensar se e como deveria ser feita reforma agrária.

Posner, "Análise Econômica do Direito de Propriedade"

1. Ao longo do texto, o autor procura explicar a racionalidade por trás de certas regras sobre propriedade. Quais regras ele explica? Que tipo de considerações ele faz na explicação dessas regras? São considerações políticas, históricas, ou econômicas?
2. O que o autor quer dizer com “a proteção jurídica da propriedade cria incentivos para que os recursos sejam usados de maneira eficiente”? O que ele entende por “uso eficiente” no primeiro exemplo do texto? Se o proprietário da terra decidisse usá-la para a recreação da sua família? Seria isso um uso eficiente da terra segundo o autor? Você acha que incentivos funcionam da mesma forma para todas as pessoas, ou que o efeito dos incentivos varia conforme a pessoa? Que tipo de “fazendeiro” o argumento do autor pressupõe? A existência de terras improdutivas no Brasil, um país em que há proteção da propriedade privada, refuta ou não a tese do autor sobre a proteção jurídica da propriedade privada?
3. O exemplo da propriedade comum para pastagem. Quantas vacas os co-proprietários deveriam colocar no pasto para que a terra fosse usada de maneira eficiente? O autor argumenta que se a terra tivesse um único proprietário com direitos exclusivos sobre a terra, seu uso seria mais eficiente. Por quê? Agora, imagine que, ao invés de um único proprietário cobrando uma taxa de uso, os co-proprietários estabelecessem um mecanismo semelhante — por exemplo, para cada vaca acima de dez vacas, seria paga uma taxa aos outros co-



- proprietários, ou a um fundo comum para ser usado na compra de mais terra em comum. Em termos de incentivos, como essa regra difere da solução proposta pelo autor?
4. Como a existência de um direito de transferência permite o uso eficiente de recursos? No exemplo dado pelo autor, em que consiste o uso eficiente? O que aconteceria se não houvesse um direito à transferência? O autor menciona a necessidade de “um mecanismo pelo qual o fazendeiro seja induzido a transferir a propriedade a alguém que possa trabalhá-la de modo mais produtivo”. Você acha que a regra da alienabilidade garante que isso aconteça? Imagine por exemplo que a fazenda de A tenha dois compradores potenciais, C e D. C quer usá-la para produzir milho enquanto D quer construir um sítio para sua família. Esses dois usos são igualmente produtivos? Você acha que C necessariamente vai valorizar a terra mais que D? Como você descreveria a idéia do autor agora? Existe uma outra forma de obter o mesmo efeito do direito de transferência (a terra ficar com quem a valoriza mais)? Imagine por exemplo que o direito de alienar sua propriedade fosse substituído por uma regra segundo a qual o Estado pudesse transferir a propriedade do fazendeiro para quem a valoriza mais. Você acha que essa regra seria melhor ou pior do que o direito de transferência?
 5. Por que o autor considera que ao garantir um direito de propriedade dotado de certas características (universalidade, exclusividade, alienabilidade) “estaríamos maximizando valor”?
 6. O que quer dizer o autor com o exemplo da criação dos porcos? Qual cálculo o fazendeiro faz para decidir se vai criar porcos? Por que o fazendeiro desiste de criar porcos? No exemplo dado, o que torna os custos dessa criação proibitivos? Por que o autor considera a análise incompleta se não considerarmos usos alternativos da sua propriedade? E se o fazendeiro opta por criar rabanetes, qual seria a vantagem de exigir que os vizinhos o paguem por não ter criado porcos, ou a estrada de ferro lhe pague por emitir faíscas? Por que essa “compra de direitos” não é, entretanto, uma opção viável?
 7. Como o autor explica o fato de que direitos de propriedade são mais difíceis de encontrar nas sociedades primitivas?
 8. Como o autor justifica que você não seja proprietário da ratazana no exemplo em que ela se alimenta na sua casa? Por que proteger



esse direito de propriedade seria custoso demais? E no caso de animais selvagens que têm valor? Qual seria a vantagem de uma regra dizendo que se o caçador poupar o castor, terá direito aos seus filhotes? Por que essa regra não existe? Como o direito protege o uso de recursos como animais selvagens valiosos? Por que a regulação pelo Estado envolve menos custos que a proteção da propriedade?

9. Por que não existe uma regra dizendo que se deve respeitar a propriedade de um navio abandonado? O que aconteceria se houvesse tal regra? Quem recuperaria um navio X, se o direito protegesse o direito a propriedade, ou seja, obrigasse quem o achou a devolvê-lo ao dono? Que tipo de incentivos essa regra criaria? Por outro lado, que incentivos são criados com a regra “achou, levou”? Qual o problema com a regra “achou, levou”? O que o autor chama de “perda social líquida”? Que tipo de regras atenuam esse efeito?
10. Como o autor explica a existência de patentes? Que tipo de incentivos para invenção existiriam se não houvesse patentes? De que maneira patentes funcionam como direitos de exclusividade e transferência de propriedade e como a regra “achou, levou”? O que o autor quer dizer com “duplicar a atividade inventiva”? Qual atividade é duplicada com a regra “achou, levou”? Como o direito reduz a perda social que decorre da duplicação da atividade inventiva?

Joseph William Singer, “Normas Sistêmicas e Distributivas”

1. Você entendeu a diferença entre tratar o direito de propriedade sob a perspectiva da proteção ao direito individual do proprietário e tratar o direito de propriedade como um “sistema” ou “regime”? O que essa idéia — a propriedade como “sistema”, como “regime” — procura explicitar?
2. A interação entre diversos “direitos individuais” pode resultar em conflitos? Por exemplo, o dono de um restaurante — um estabelecimento privado — pode se recusar a servir alguém? Uma pessoa negra? E uma pessoa pobre? Por quê? O que a inevitabilidade desses conflitos revela sobre o direito de propriedade?
3. Nos casos anteriores, podemos dizer que a liberdade do dono de restaurante foi violada? O que significa dizer que essa liberdade é protegida por um direito de propriedade sobre o restaurante? O



- proprietário do restaurante pode utilizar sua propriedade da mesma maneira como o proprietário de um apartamento? Por exemplo, o proprietário de um apartamento pode se recusar a receber uma pessoa negra em seu apartamento? São os mesmos limites sobre seus direitos? O que, se algo, justifica essa diferença?
4. O proprietário de um apartamento pode se utilizar do apartamento como bem entender? Que limites sobre o exercício do direito de propriedade do dono de um apartamento Você consegue pensar? O que justifica esses limites?
 5. O controlador de uma empresa que se tornou praticamente um monopólio em seu mercado de atuação pode se beneficiar dessa condição como desejar? Que limites existem ao exercício desse direito de propriedade? O que os justificam? A maior eficiência do mercado justifica esses limites? A idéia de que gostaríamos que mais empresas participassem do mercado justificam esses limites? A idéia de que os consumidores deveriam poder escolher e comprar a preços mais baratos justificam esses limites?
 6. Quando pensamos nas regras de propriedade, segundo o autor, devemos considerar a maneira como ela é distribuída? O que significa dizer que a propriedade privada não significa apenas propriedade não-estatal? A propriedade privada concentrada nas mãos de poucas pessoas difere da propriedade estatal? Qual é, portanto, segundo o autor, a característica da propriedade que consideramos implícita quando falamos em proteção à propriedade privada?
 7. Sobre o caso *Upton v. JWP Businessland*, responda:
 - Considerando que o contrato de trabalho era sob regime “provisório”, como descrito no texto, isto é, o empregador pode demitir o funcionário a qualquer tempo e por qualquer razão, como se pode falar em limites ao direito do empregador?
 - Que limites a corte reconheceu como aplicáveis? Você consegue pensar outros exemplos que poderiam ser aceitos pela corte?
 - O que difere a “atividade de mesária”, que poderia justificar a ausência do empregado e sua imunidade à demissão, da atividade de cuidar dos próprios filhos? Por que a corte aceita uma mas não a outra justificativa? É uma questão de proteção ao direito de propriedade do empregador?



- Como Você decidiria a questão? Por quê?
 - Como a regra que resulta da decisão da corte, se considerada sistemicamente, afeta a organização da sociedade? Um juiz deveria considerar essas conseqüências ao tomar sua decisão?
8. O que significa dizer que “as regras do direito de propriedade têm muito a ver com a criação e manutenção de formas de vida”? O que Você pensa sobre isso? Quais as conseqüências dessa afirmação para a organização do direito de propriedade?
 9. Como o direito deve tratar os conflitos e limites que vimos acima? O texto ajuda a pensar a “proteção à propriedade privada” no Brasil? Como?

*Caio Mário da Silva Pereira, “Direito de Propriedade”, in **Instituições de Direito Civil**, volume III*

1. Em que consiste o direito de propriedade segundo o autor?
2. Esse direito é hoje um direito absoluto ou restrito? O que isso significa?
3. O que o autor quer dizer com “a condição normal da propriedade é a plenitude”?
4. Que tipos de restrição ao direito de propriedade o autor menciona?
5. Qual tendência ele sugere existir com relação a essas restrições?

Ronaldo Lemos, “Um Modelo Alternativo de Remuneração para a Propriedade Intelectual”

1. O que são “bens públicos”, conforme definido no texto? Dê exemplos. Qual a “tragédia” dos bens públicos?
2. Quais estratégias básicas para resolver o problema o autor aponta?



3. Bens intelectuais são bens públicos? Qual a influência do avanço tecnológico nessa caracterização?
4. Seguindo uma alternativa de desenvolvimento de um dos modelos, como o autor se propõe a responder às seguintes perguntas: (a) Quanto arrecadar? (b) Como arrecadar? e (c) Como distribuir?
5. Em sua opinião, que vantagens essa estratégia poderia apresentar? O modelo atual não é bom o bastante? As vantagens são grandes o bastante? Quem o apoiaria e quem seria contra?
6. Você achar que esse modelo funcionaria? E, se funcionasse, qual a melhor forma de captação de recursos (IR, todo mundo paga, ou tributação seletiva, mais ou menos paga quem usa)? E, ainda, se o modelo funcionasse, como ele influenciaria o mercado de música? Sua influência dependeria da forma de distribuição? Por exemplo, compare o sistema de mercado virtual e o Blur-Blaff — bandas como *Dance of Days* teriam o mesmo incentivo nos dois sistemas? Quais problemas a adoção desse sistema geraria?
7. Esses problemas e questões são grandes o suficiente para desistirmos da idéia?
8. E, se o modelo funcionasse, seria possível pensar outros bens públicos que poderiam ser recompensados da mesma forma?

MÓDULO III

Celia Lessa Karstenetzky. "Políticas sociais: focalização ou universalização."

- 1) Como funcionam as concepções de “justiça de mercado” mencionadas pela autora? Qual seria o papel primordial do Estado nessas concepções?
- 2) Qual a distinção, traçada pela autora, entre uma concepção “fina” e uma concepção “espessa” de justiça social? Qual a relevância dessa distinção para o argumento desenvolvido no texto? Porque a autora descreve essa distinção em termos de “espessura”?
- 3) A intervenção do Estado na redistribuição de vantagens econômicas — aplicação de uma concepção espessa de justiça social — ocasionaria que tipo de impacto nas escolhas individuais dos membros da sociedade?
- 4) Quais são os dois argumentos principais a favor da focalização, sustentados no texto?
- 5) Focalização e universalização são formas de políticas sociais igualmente compatíveis com as concepções de justiça fina e espessa?

Amartya Sen — “Igualdade de quê?”

1) O autor afirma que “*ser igualitário não é realmente uma característica unificadora*”. O que isso significa?

2) Para Sen, aqueles que se autodenominam (ou são denominados) “anti-igualitários” são também, em alguma medida, igualitários. O que sustenta essa afirmação? E quais as implicações que ele extrai dessa constatação?

3) A igualdade pode servir de justificação para a desigualdade em um dado sistema ético?

4) O que são as “variáveis focais relevantes” para a análise da desigualdade? Qual a relação entre essas variáveis e a “igualdade basal de determinado sistema”, nos termos do autor?

5) Alguns autores sustentam que a ideia de igualdade seria vazia, já que pode ser interpretada de inúmeras maneiras. O autor não concorda com essa tese. Quais argumentos ele levanta para enfrentar esse problema?

6) A desigualdade de renda parece ser o foco nas discussões sobre desigualdades. Entretanto, a diversidade existente entre pessoas, em suas características físicas e sociais, as coloca em posições e situações muito diferentes na sociedade. Qual o problema de se privilegiar apenas um desses ângulos quando se pensa sobre igualdade? Como isso afeta a percepção do tema da igualdade?

7) Ao final da leitura, você considera que o autor ampliou ou restringiu as suas preocupações sobre igualdade? De que maneiras?

Ronald Dworkin — “Por que os liberais devem prezar a igualdade”

1) Quais são as duas formas básicas de liberalismo apontada pelo autor? Em quais aspectos elas são semelhantes e em quais se diferenciam?

2) Alguns defeitos do liberalismo baseado na neutralidade não estão presentes no liberalismo baseado na igualdade. Quais são esses defeitos? Quais são as suas dimensões social e econômica, segundo Dworkin?

3) O liberalismo baseado na igualdade dispõe que o governo deve tratar as pessoas de maneira igual, não impondo a moralidade privada. O que o autor entende por “moralidade privada”?

4) Porque a ideia de que o mercado é um método para distribuir recursos não pode ser considerada como justa por uma teoria da igualdade? Segundo o autor, existe de fato igualdade de oportunidade em uma economia de mercado?

5) Segundo Dworkin, há alguns argumentos comumente utilizados por economistas contra programas de assistência social. Quais são esses argumentos? Por que eles não seriam compatíveis com o liberalismo igualitário defendido pelo autor?

6) Como podemos descrever as preocupações de Dworkin utilizando o vocabulário de Amartya Sen? Qual a “igualdade basal” que pode ser encontrada nas propostas de Dworkin?



APÊNDICE 1 — MATERIAIS PARA DISCUSSÃO EM SALA NO MÓDULO III

Este apêndice foi elaborado por Nathalia Sarvat.

LEI 10.836/04 — BOLSA FAMÍLIA

O Bolsa Família, criado pela Medida provisória n. 132, convertida na Lei 10.836/04 e regulamentada pelo Decreto 5.209/04, é um programa de transferência de renda para pessoas que se encontram em situação de extrema pobreza (renda familiar *per capita* mensal de até R\$70,00) ou situação de pobreza (renda familiar *per capita* mensal entre R\$70,00 e R\$140,00) — Decreto 5.209/04, art. 18.

Segundo o art. 3º da Lei, a concessão dos benefícios dependerá do cumprimento das seguintes condições, sem prejuízo de outras previstas em regulamento:

- Exame pré-natal
- Acompanhamento nutricional
- Acompanhamento de saúde
- Frequência escolar de 85% em estabelecimento de ensino regular

São previstos cinco benefícios financeiros, que podem ser cumulados (arts. 2º da Lei e 19 do Decreto):

- Benefício básico → valor mensal de R\$ 70,00 para unidades familiares em situação de extrema pobreza.
- Benefício variável → valor mensal de R\$ 32,00 por beneficiário, até o limite de R\$ 160,00 por família, para unidades familiares em situação de pobreza ou extrema pobreza e que tenham em sua composição gestantes, nutrizes, crianças entre zero e doze anos ou adolescentes de até quinze anos.
- Benefício variável vinculado ao adolescente (BVJ) → valor mensal de R\$ 38,00 por beneficiário, até o limite de R\$ 76,00 por família, para unidades familiares em situação de pobreza ou extrema pobreza e que tenham em sua composição adolescentes com idade de dezesseis a dezessete anos matriculados em estabelecimentos de ensino.
- Benefício variável de caráter extraordinário → valor dos benefícios das famílias remanescentes dos Programas Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, Cartão Alimentação e Auxílio Gás que, na data da sua incorporação ao Programa Bolsa Família, exceda o limite máximo fixado para o Programa Bolsa Família.



- Benefício para superação da extrema pobreza (BSP) → o valor mensal será o necessário para que a família tenha R\$ 70,01 de renda *per capita*, para unidades familiares cuja soma da renda familiar mensal com os benefícios financeiros seja igual ou inferior a R\$ 70,00 *per capita* (art. 19, V e §3º, Decreto 5.209/04).

Portanto, com o benefício para superação da extrema pobreza (BSP), o programa garante que toda família brasileira tenha uma renda mensal de ao menos R\$70,00 *per capita*. As tabelas abaixo mostram as possíveis configurações familiares e seus respectivos benefícios, sem contemplar o BSP.

**Famílias com renda per capita familiar mensal de até R\$ 70
(situação de extrema pobreza)¹**

Número de gestantes, nutrizes, crianças e adolescentes de até 15 anos	Número de jovens de 16 e 17 anos	Tipo de benefício	Valor do benefício
0	0	Básico	R\$ 70,00
1	0	Básico + 1 variável	R\$ 102,00
2	0	Básico + 2 variáveis	R\$ 134,00
3	0	Básico + 3 variáveis	R\$ 166,00
4	0	Básico + 4 variáveis	R\$ 198,00
5	0	Básico + 5 variáveis	R\$ 230,00
0	1	Básico + 1 BVJ	R\$ 108,00
1	1	Básico + 1 variável + 1 BVJ	R\$ 140,00
2	1	Básico + 2 variáveis + 1 BVJ	R\$ 172,00
3	1	Básico + 3 variáveis + 1 BVJ	R\$ 204,00
4	1	Básico + 4 variáveis + 1 BVJ	R\$ 236,00
5	1	Básico + 5 variáveis + 1 BVJ	R\$ 268,00
0	2	Básico + 2 BVJ	R\$ 146,00
1	2	Básico + 1 variável + 2 BVJ	R\$ 178,00
2	2	Básico + 2 variáveis + 2 BVJ	R\$ 210,00
3	2	Básico + 3 variáveis + 2 BVJ	R\$ 242,00
4	2	Básico + 4 variáveis + 2 BVJ	R\$ 274,00
5	2	Básico + 5 variáveis + 2 BVJ	R\$ 306,00

¹ Fonte: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Disponível em <<http://www.mds.gov.br/falemds/perguntas-frequentes/bolsa-familia/beneficios/beneficiario/beneficio-valor>>. Acesso em 10 mar. 2014.

**Famílias com renda per capita familiar mensal de R\$ 70 a R\$ 140
(situação de pobreza)²**

Número de gestantes, nutrizes, crianças e adolescentes de até 15 anos	Número de jovens de 16 e 17 anos	Tipo de benefício	Valor do benefício
0	0	Não recebe benefício básico	—
1	0	1 variável	R\$ 32,00
2	0	2 variáveis	R\$ 64,00
3	0	3 variáveis	R\$ 96,00
4	0	4 variáveis	R\$ 128,00
5	0	5 variáveis	R\$ 160,00
0	1	1 BVJ	R\$ 38,00
1	1	1 variável + 1 BVJ	R\$ 70,00
2	1	2 variáveis + 1 BVJ	R\$ 102,00
3	1	3 variáveis + 1 BVJ	R\$ 134,00
4	1	4 variáveis + 1 BVJ	R\$ 166,00
5	1	5 variáveis + 1 BVJ	R\$ 198,00
0	2	2 BVJ	R\$ 76,00
1	2	1 variável + 2 BVJ	R\$ 108,00
2	2	2 variáveis + 2 BVJ	R\$ 140,00
3	2	3 variáveis + 2 BVJ	R\$ 172,00
4	2	4 variáveis + 2 BVJ	R\$ 204,00
5	2	5 variáveis + 2 BVJ	R\$ 236,00

Assim, poderíamos imaginar os seguintes casos concretos:

- Casal sem filhos e renda mensal de R\$ 724,00 (1 s.m. em março de 2014) → R\$ 362,00 *per capita*; não está em situação de pobreza, portanto não tem direito a benefício do Bolsa Família.
- Casal com mulher grávida, duas crianças e um jovem de 17 anos, e renda mensal de R\$ 724,00 (1 s.m. em março de 2014) → R\$ 144,80 *per capita*; não está em situação de pobreza, portanto não tem direito a benefício do Bolsa Família.
- Casal com mulher grávida, seis crianças e dois jovens de 16 e 17 anos, e renda mensal de R\$ 724,00 (1 s.m. em março de 2014) → R\$ 72,40 *per capita*; está em situação de pobreza, tem direito a benefício de R\$

² Fonte: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Disponível em <<http://www.mds.gov.br/falemds/perguntas-frequentes/bolsa-familia/beneficios/beneficiario/beneficio-valor>>. Acesso em 10 mar. 2014.



236,00 (maior benefício possível para pessoas em situação de pobreza).

- Casal com mulher grávida, seis crianças e dois jovens de 16 e 17 anos, e renda mensal de R\$ 362,00 (metade de um s.m. em março de 2014) → R\$ 36,20 *per capita*; está em situação de extrema pobreza, tem direito a benefício de R\$ 306,00. Como a soma da renda mensal (R\$ 362,00) com o benefício (R\$ 306,00) é igual a 66,80 *per capita*, essa família também tem direito ao benefício para superação da extrema pobreza (BSP), que no caso teria o valor de R\$ 34,00 (R\$ 32,10 arredondado ao múltiplo de R\$ 2,00 imediatamente superior).

A exposição de motivos da MP 132/2003, que foi convertida na Lei do Bolsa Família, declara que seus objetivos são o combate à fome e à pobreza, e que visa ampliar o acesso a políticas universais de educação, saúde e alimentação. Atualmente, mais de 13,18 milhões de famílias (aproximadamente 50 milhões de pessoas) são beneficiadas pelo programa.

LEI 10.835/04 — RENDA BÁSICA DE CIDADANIA

A Lei 10.835/04, de autoria do Senador Eduardo Suplicy, instituiu no Brasil, desde de 2005, a “Renda Básica de Cidadania”. Segundo seu art. 1º, *caput*, a Renda Básica de Cidadania “se constituirá no direito de todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica, receberem, anualmente, um benefício monetário”.

O §2º do art. 1º dispõe que “o pagamento do benefício deverá ser de igual valor para todos, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde, considerando para isso o grau de desenvolvimento do País e as possibilidades orçamentárias”.

A abrangência da Renda Básica de Cidadania “deverá ser alcançada em etapas, a critério do Poder Executivo, priorizando-se as camadas mais necessitadas da população”, até alcançar todos os cidadãos na etapa final (§1º). Para Suplicy, o “programa Bolsa Família, que paga um benefício monetário a todas as famílias com renda mensal abaixo de um certo nível, foi e é considerado um passo em direção à RBC”³.

O deputado, em seu livro “Renda de cidadania: a saída é pela porta”, sustenta que programas de transferência de renda conferem maior cidadania do que outras propostas mais específicas, como a distribuição direta de alimentos ou de cupons, que só poderiam ser gastos com determinados bens como comida e, por vezes, somente em estabelecimentos previamente estabelecidos pelo governo.

³ SUPLICY, Eduardo Matarazzo. *Renda de cidadania: a saída é pela porta*. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2013. p. 16.



”Se o objetivo é erradicar a fome e a miséria, é preciso compreender que a pessoa pobre necessita mais do que matar a fome. Se está fazendo frio, precisa comprar um agasalho ou um cobertor. Se um filho ficou doente, é preciso comprar um remédio com urgência. Se é o dia do aniversário de uma filha, é possível que a mãe queira lhe dar de presente um par de sapatos. Se a vizinhança está vendendo um tipo de alimento muito barato, é bom comprar, porque vai sobrar mais para outras coisas. Em muitas cidades onde vem sendo aplicado o programa de renda mínima tenho tido a preocupação de dialogar com as pessoas beneficiadas, perguntando se prefeririam receber na forma de bens alimentícios ou em dinheiro. Na grande maioria, elas preferem claramente o dinheiro, usando argumentos como os que descrevi.”⁴

O autor relata casos comuns — observados geralmente em grandes centros urbanos, como na grande São Paulo — de pessoas que vendem seus cupons — muitas vezes por um valor nominal inferior ao de seu poder de compra — para comprarem bens que julgam mais necessários para si. De acordo com Suplicy, “o pagamento em dinheiro propicia muito maior eficiência, grau de liberdade, menor possibilidade de desvios e economia de tempo para as pessoas. Daí não haver dúvida de que confere às pessoas muito maior grau de cidadania.”⁵

A Lei 10.835/04 também estipula que caberá ao Poder Executivo definir o valor do benefício (art. 2º), que seu pagamento poderá ser feito em parcelas iguais e mensais (art. 1º, §3º), e que será considerado como renda não-tributável para fins de incidência do Imposto de Renda (art. 1º, §4º). Até o presente momento não há decreto regulamentando essa Lei.

“STAKEHOLDER SOCIETY”

Anne Alstott e Bruce Ackerman, autores do livro “Stakeholder Society”, propõem um modelo diferente para a redistribuição de renda nos EUA. A proposta é que todo cidadão americano receba U\$ 80 mil após sua graduação no ensino médio, para começar a vida adulta.

Os autores calculam que, todo ano, 3,6 milhões de americanos estariam na posição de receber essa quantia — o que geraria um gasto aproximado de U\$ 288 bilhões anuais. Esse valor seria financiado notadamente por um imposto anual de 2% sobre o patrimônio dos 3% mais ricos, quais sejam, aqueles com patrimônio superior a U\$1,5 milhões. Para os autores, diante da recessão sofrida nos EUA, uma minoria abastada está conseguindo prosperar, enquanto a maioria da população não consegue superar as dificuldades financeiras.

⁴ SUP LIC Y, Eduardo Matarazzo. *Renda de cidadania: a saída é pela porta*. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2013. p. 190.

⁵ SUP LIC Y, Eduardo Matarazzo. *Renda de cidadania: a saída é pela porta*. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2013. p. 191.



O único requisito para receber a quantia seria a graduação no ensino médio, o que desincentivaria a evasão escolar. Esse valor poderia ser gasto de maneira livre. Entre outros exemplos apontados pelos autores, o jovem poderia entender que é de seu melhor interesse pagar uma universidade, quitar dívidas, comprar um imóvel, ou arriscar no cassino. É esperado que a grande maioria utilize esse recurso como uma forma de construir suas vidas de maneira digna, não devendo este grupo ser punido pela irresponsabilidade de alguns poucos.

O modo de recebimento dessa quantia pode variar. Jovens condenados por crimes ou estudantes que tenham largado os estudos sofrerão reduções dos valores ou limitação no modo de recebimento. O acesso poderia ser limitado a U\$20 mil por ano, uma proteção contra gastos irresponsáveis, permitindo que a cada ano o jovem tenha uma nova chance.

Decisões de longo prazo, como abrir um negócio ou investir na sua própria educação, estariam condicionadas às dificuldades financeiras do dia-a-dia. Além disso, jovens dificilmente conseguem pedir empréstimos junto a bancos, o que dificultaria o custeio de uma universidade, por exemplo. O “stakeholding” ajudaria esses jovens adultos em um dos momentos mais importantes de suas vidas, facilitando escolhas e aumentando o interesse geral da população pelo planejamento econômico, propagando uma cultura de investimentos conscientes.

”From the liberal point of view, the consequence would be a massive increase in effective freedom. Our present arrangements impose an unnecessary moral dilemma: just at the moment we expect young adults do make responsible life-shaping decisions, we do not afford them the resources that they need to take a responsible long-term perspective. Forced to put bread on the table and pay the rent, almost all young adults are squeezed into short-term thinking as they confront an open-ended future. Call this the false promise of maturity.”⁶

[...]

”The advent of stakeholding will have a revolutionary impact on education in this country. For the first time, high school students will have an intense and practical interest in fundamentals of economic planning. Classes named “How to Manage Your Stake” will be as eagerly attended as those in driver’s education — a universal rite of passage into the real world. While the normal motivational problems of high school instruction will not disappear, even the bored student will see a compelling need to pay attention. If anything, the practical importance of money management will motivate interest in basic skills like math and reading, not to mention economics. More broadly, stakeholding will serve as a reference point for countless conversations from

⁶ ALSTOTT, Anne; ACKERMAN, Bruce. *The Stakeholder society*. New Haven and London: Yale University Press, 1999. p. 35.



early childhood, as parents and others impress their charges with the importance of economic maturity when the time comes to enter the marketplace as an adult.”⁷

Os autores apontam que o “stakeholding” não seria a única resposta possível à crise enfrentada pelos EUA. Contudo, essa visão sobre a democracia capitalista seria uma maneira de colocar “Wall Street” a serviço do cidadão comum. Trata-se de um projeto que defende valores específicos da sociedade:

”Our primary focus is on the young and energetic, not the old and vulnerable. Our primary values are freedom and equal opportunity, not decency and minimum provision. We do not deny that old-fashioned decency has a role to play, and we will try to define its place later on. For now, it is enough to see that stakeholding is intended not as ‘welfare reform’ but as an entirely new enterprise. Our first concern is not with safety nets but with starting points; not with misfortune, but with opportunity; not with welfare, but with economic citizenship.”⁸

O seu sistema de financiamento não teria como base somente os impostos. Após a morte, todos os beneficiados teriam que, desde que detenham patrimônio suficiente, restituir ao Estado a quantia que receberam na juventude. Esse valor seria então repassado a um fundo do “stakeholding”, contribuindo para o pagamento das futuras gerações.

Por último, cabe acrescentar que a Constituição Brasileira de 1988, no art. 153, VI, prevê que a União tem competência para instituir “impostos sobre grandes fortunas” mediante Lei Complementar, mas esta ainda não foi editada.

PERGUNTAS:

- 1- Aponte os objetivos, os beneficiários e as contrapartidas de cada um dos três programas de redistribuição de renda descritos acima.
- 2- Aponte vantagens e desvantagens de receber o benefício mensalmente, anualmente, ou uma única vez na vida.
- 3- Pessoas de diferentes classes sociais tenderão a gastar o benefício de maneira semelhante? Esse é um fator importante a ser considerado no desenho desses programas? Esse fator tem impacto sobre nossas preocupações com igualdade?
- 4- De acordo com Suplicy, o pagamento de benefícios em dinheiro conferiria maior cidadania. Você concorda com essa tese? Qual a diferença, para o beneficiado, entre receber uma quantia de dinheiro,

⁷ ALSTOTT, Anne; ACKERMAN, Bruce. *The Stakeholder society*. New Haven and London: Yale University Press, 1999. p. 37.

⁸ ALSTOTT, Anne; ACKERMAN, Bruce. *The Stakeholder society*. New Haven and London: Yale University Press, 1999. p. 8.



- que pode ser gasta livremente, e receber benefícios de outra forma, como, por exemplo, uma cesta básica mensalmente? O custo de gerenciamento dessas opções deveria ser levado em conta pelo formulador de políticas públicas?
- 5- Ackerman e Alstott propõem um imposto sobre a totalidade do patrimônio dos mais ricos, não sobre a renda deles. Aponte diferenças práticas entre essas duas escolhas e indique de que maneiras essas diferenças podem ser relevantes do ponto de vista de ideais de igualdade.
 - 6- A proposta do “stakeholding” leva em conta, principalmente, a realidade americana. Nos EUA, as universidades, em sua maioria, são privadas, o que ocasiona um peso financeiro considerável ao longo dos anos de graduação. No Brasil, ao contrário, muitas universidades de qualidade e bem cotadas no mercado são públicas. Você consegue pensar em outras diferenças entre a realidade brasileira e a dos EUA? Essas diferenças deveriam ser levadas em conta na formulação da política pública?
 - 7- Aponte possíveis vantagens e desvantagens de pagar o benefício com base no nível socioeconômico do indivíduo, ou de pagá-lo igualmente para todo cidadão.
 - 8- Qual(is) programa(s) você acha que seria(m) mais adequado(s) para a realidade brasileira? Deveriam ser exigidas contrapartidas dos beneficiados? Se sim, quais?



APÊNDICE 2 — LEITURAS INICIAIS

*OBSERVAÇÃO SOBRE A FUNÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO E A
RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E AS OUTRAS CIÊNCIAS SOCIAIS*⁹*Henry M. Hart e Albert M. Sacks**A. Introdução*

O direito, como se sabe, é o contexto inescapável em que todos vivemos. Ser impaciente com o direito porque ele, às vezes, não faz bem seu trabalho é tão sensato quanto ser impaciente com o ar porque ele às vezes está poluído. Na verdade, é menos sensato. Pois o ar, em seu estado natural, é puro e há certa justificativa para irritação quando ele fica poluído. Mas o direito é a criação de seres humanos ajustando-se a suas próprias naturezas e às condições de seu ambiente. Ele não tem uma tendência inata a se tornar perfeito. Nunca se pode fazer mais do que aperfeiçoá-lo a cada imperfeição descoberta, e o grau de aperfeiçoamento depende de inteligência humana e esforço humano.

Estando o direito envolvido em todas as relações sociais, ele é, em certo sentido, um elemento de todas as outras ciências sociais, assim como, em certo sentido, todas as outras ciências sociais são um elemento do direito.

No entanto, a idéia contrária, de que o direito pode de alguma forma ser posto à parte das demais ciências sociais, num compartimento separado, é corrente tanto entre profissionais jurídicos quanto não-jurídicos.

“Eu costumava ouvir”, disse Karl Llewellyn, “afirmações pretensiosas de meus colegas sociólogos, do tipo ‘Minha abordagem ao fenômeno do crime é sociológica, *não* jurídica’ e suspeito que qualquer jornalista hoje em dia deve ouvir o mesmo tipo de coisa (talvez com ‘psicológica’ no lugar de ‘sociológica’) — embora seja certamente óbvio que quando o aspecto jurídico é posto de lado, o conceito de ‘crime’ também não subsiste.” Historiadores também, de vez em quando, escrevem ‘histórias’ sem maior preocupação com o contexto jurídico que ajudou a moldar os eventos históricos em questão. Economistas discutem “princípios econômicos” como se eles fossem igualmente válidos num sistema jurídico e noutro. Especialistas em relações de trabalho por vezes relatam o comportamento de funcionários como se estivessem apresentando dados psicológicos básicos, intocados pelo direito, embora seja evidente que o comportamento em fábricas que tenham procedimentos de negociação coletiva estabelecidos será muito diferente do comportamento em fábricas que não tenham tais procedimentos estabelecidos.

⁹ Tradução livre e adaptação para fins didáticos de “Note on the Lawyer’s Function, and the Relation of Law to the Other Social Sciences”, em *The Legal Process*, Foundation Press, New York, 1994.



Por outro lado, profissionais jurídicos constantemente negligenciam importantes dados e considerações vindos das outras ciências sociais.

Tudo isso deve ser frontalmente rejeitado como uma falácia. *Ubi societas ibi lex*. Um contexto jurídico — isto é, uma ordem jurídica — inclui e condiciona tudo que as pessoas que vivem numa sociedade organizada fazem e não fazem. As partes relevantes dessa ordem devem ser consideradas em qualquer estudo de comportamento social. Da mesma forma, o direito sendo um aspecto, porém apenas um aspecto, da ciência da sociedade, os profissionais jurídicos devem sempre considerar os conhecimentos relevantes de outros ramos da ciência.

Isso, obviamente, não quer dizer que os cientistas sociais deveriam ser formados profissionalmente em direito, nem que os profissionais jurídicos deveriam ser especialistas em outras ciências sociais. Mas a pergunta continua: qual a função peculiar do profissional jurídico, como um especialista em algo, e como ela se relaciona com as funções dos especialistas de outras ciências sociais? Uma questão próxima a essa é a questão da função do profissional do direito com relação a seus clientes, sejam empresários ou pessoas comuns.

Nossa sugestão é que o núcleo das funções e habilidades do advogado é duplo. Ele consiste, primeiro, de habilidades na arquitetura de estruturas normativas¹⁰ de todos os tipos, tanto públicas quanto privadas, e, segundo, de habilidades em aplicar essas estruturas. Como um corolário disso, os profissionais do direito devem ser, e de fato tendem a ser, especialistas no funcionamento dos procedimentos institucionais de solução de conflitos, relacionados tanto com a arquitetura de estruturas normativas quanto com a sua aplicação legítima.

B. A Arquitetura de Estruturas Normativas

Não é nova a afirmação de que o apoio de um profissional jurídico será provavelmente necessário na redação de documentos como contratos, testamentos, acordos de separação, estatutos sociais de empresas, constituições, leis, regulamentos administrativos e posturas municipais, entre vários outros. Talvez uma explicação para esse entendimento comum seja que todos esses documentos tenham também relação com as habilidades de aplicação de estruturas normativas, com as quais estamos mais familiarizados. Isso porque todos esses documentos tornam-se obrigatórios ou vinculantes em razão de estruturas normativas subjacentes a eles, as quais conferem aos entes privados ou públicos em questão os poderes que estão sendo utilizados, e porque, sob pena de serem nulos ou anulados, esses documentos devem se conformar aos requisitos impostos por tais estruturas. Deste modo, cabe ao profissional do

¹⁰ Estamos traduzindo “directive arrangements” por “estruturas normativas”, para aproximá-la da terminologia com que estamos acostumados.



direito analisar se o projeto de lei que redigiu está de acordo com a constituição aplicável, o regulamento administrativo com a lei que o autorizou, o contrato com as várias leis e decisões judiciais que tratam da formação e execução de relações contratuais. Tendo feito isso, cabe ao profissional jurídico, no mínimo, colocar em palavras claras e práticas o plano que a correspondente estrutura normativa deveria materializar.

Profissionais jurídicos com pouca imaginação às vezes acham que isso é tudo que lhes cabe fazer. Mas isso seria desconsiderar o aspecto criativo mais marcante da profissão. A tarefa do profissional jurídico não é, apenas, colocar o plano em palavras, mas contribuir para a formulação do plano. O profissional jurídico é um “arquiteto de estruturas sociais”, um especialista no *design* de estruturas de colaboração para todos os tipos de propósitos, um especialista na sofisticada e importante arte de falar ao futuro, sabendo quando e como vinculá-lo e quando nem chegar a tentar. A diferença entre um mecânico jurídico [*a legal mechanic*] e um artesão jurídico [*a legal craftsman*] tem muito a ver com a consciência sobre isso.

Qualquer um que adote um plano para o futuro normalmente faz uma escolha entre uma grande variedade de cursos de ação possíveis. Um complexo de variáveis afeta essa escolha entre variáveis. Mesmo se o exercício de autoridade não estiver envolvido, três tipos de problemas tipicamente se apresentam:

Primeiro, qual é o objetivo a ser perseguido?

Segundo, qual é o meio ou instrumento mais promissor para alcançar esse objetivo, avaliando-se pelo que se sabe sobre as circunstâncias, existentes e prováveis, que sejam relevantes para o seu êxito?

Terceiro, que eventos ou circunstâncias ora imprevisíveis podem colocar seu êxito em risco, e qual o melhor meio de se precaver contra elas?

Se o exercício de autoridade estiver envolvido, dois tipos adicionais de problemas se apresentarão (além de problemas sobre a observância de requisitos procedimentais ou formais para o exercício do poder, que serão possivelmente os mesmos qualquer que seja o plano escolhido):

Quarto, quais dos planos considerados estão fora da competência da autoridade, ou envolve um risco desproporcional de estar fora da competência, com relação ao objetivo ou aos meios?



Quinto, quando se decide por um plano, que forma de palavras é necessária e apropriada para torná-lo concreto e prático?

Um profissional jurídico a quem se apresenta um plano supostamente completo e a quem se pede para que trabalhe no último dos problemas acima, será, obviamente, forçado a trabalhar de trás para frente e retomar, em certo grau, todos os outros problemas. É praticamente impossível que ele deixe de pensar no quarto problema e analisar a legalidade do plano que cabe a ele agora materializar. Da mesma forma, é evidente que ele vai se perguntar, como um especialista em contingências futuras, as questões do terceiro problema; e as respostas a essas questões podem demandar modificações no plano. Mesmo que seja apenas para executar essa tarefa de redigir, ele tem que checar com cuidado, como nos problemas um e dois, tanto o objetivo proposto quanto os meios propostos. Se o problema tiver alguma complexidade, raramente uma investigação séria e competente deixará de revelar dificuldades ou dúvidas, sugerir alternativas e resultar em mudanças ao plano ou, no mínimo, no seu esclarecimento e maior desenvolvimento.

Essa visão do processo de redação de documentos pode explicar por que profissionais jurídicos sérios e competentes acham que seu trabalho pode ser mais efetivo se eles participarem da formulação do plano o máximo possível desde o início e trabalhem acompanhando as etapas sucessivamente, não apenas ao final e de trás para frente.

O profissional jurídico que atue assim se encontrará numa posição estratégica e de grande responsabilidade. Ele é o principal especialista, entre as pessoas que orientam as decisões finais, nos três últimos grupos de problemas que indicamos acima. À medida que o plano se forma, sua orientação sobre estes problemas vai constantemente moldar a avaliação sobre os dois primeiros problemas, ainda que sua posição com relação a estes dois possa ser mais passiva do que ativa. Sua responsabilidade pela redação final o forçará a precipitar decisões, se não a decidir, a respeito de questões sobre a exata natureza do plano. Ao final, para poder redigir o documento e estar preparado para justificá-lo, ele deve coletar e consolidar todos os detalhes e considerações de apoio relevantes.

Nessa posição estratégica, é natural que o profissional jurídico participe também na elaboração e detalhamento dos aspectos discricionários, por assim dizer, do plano — nas questões de estratégia empresarial ou de políticas públicas e governamentais que possam estar envolvidas. A capacidade do profissional de ir bem nesse papel depende em parte de sua familiaridade com os detalhes da área específica de atividade a que o plano esteja ligado. Mas, com ou sem essa familiaridade, ele pode ter, também aqui, uma contribuição profissional própria a fazer. Se conflitos de interesse ou de visões estão em jogo, a habilidade do profissional jurídico como negociador ou intermediador é



trazida à baila. Evidentemente, para isso é necessário mais do que simples tato ou um sorriso simpático. Por força de todo seu treinamento, e de todo seu instinto profissional, o profissional jurídico é especialista em encontrar os denominadores comuns entre partes em disputa que sejam interdependentes entre si e, assim, de desenvolver as bases mais úteis de cooperação entre elas. Tanto em questões pequenas quanto em grandes, o profissional jurídico deveria ser especialista em fazer os bolos da vida coletiva crescerem.

Dentro dos limites definidos pelo direito aplicável, os cientistas sociais e outros especialistas que não sejam jurídicos, contribuirão principalmente para a solução dos dois primeiros dos cinco problemas que listamos. Se o plano for um contrato de longo-prazo para a construção de uma estrada de ferro, com locomotivas a diesel, especialistas em estradas de ferro e especialistas no negócio de óleo diesel serão indispensáveis. Se o plano for o estabelecimento de uma instituição para ressocialização de menores [como a FEBEM], criminólogos, psiquiatras e outros com experiência em delinquência juvenil serão necessários. Se o que estiver em questão for a edição de normas do Banco Central, a necessidade será por economistas, banqueiros e outros especialistas em finanças. E por aí vai, nesse mundo moderno, complexo e especializado, quase *ad infinitum*. Se, como vimos, couber ao profissional do direito desempenhar uma tarefa catalisadora de encontrar o denominador comum da colaboração mais eficaz, cabe a ele aprender como trabalhar com tais especialistas, e a eles com ele.

O que dissemos descreveu a relação entre o direito e as outras ciências sociais no contexto dos negócios e atividades humanas, quando estruturas empresariais e governamentais estão sendo moldadas e decisões devem ser tomadas. Essa é a esfera de atividade característica do profissional jurídico. Pois o direito é ciência social aplicada. Ele precisa absorver todas as fontes de sabedoria e aprendizado que conseguir. Mas, no fim das contas, ele deve se virar com o que tiver, e conceber a solução menos sujeita a objeções. O profissional jurídico é essencialmente uma pessoa dedicada a resolver problemas [*a problem-solver*], lidando com problemas concretos e imediatos que, de uma maneira ou de outra, precisam ser resolvidos.

Na área acadêmica, a relação, à primeira vista, pode parecer diferente. Vistos como campos do conhecimento e áreas de formação acadêmica, a antropologia, a economia, a história, a ciência política, a religião, a filosofia, a sociologia e a psicologia social têm outros e maiores papéis a desempenhar — assim como o próprio direito e outras ciências aplicadas, como a administração pública e de empresas, quando objeto de estudo acadêmico. Todos são reservatórios de conhecimento, a partir de pontos de vista específicos, sobre os homens em sociedade. Eles fornecem bases para a avaliação e crítica do funcionamento das estruturas jurídicas e iluminação sobre as possibilidades de como remodelar objetivos sociais e conceber meios mais eficazes para



atingi-los. Contudo, na medida em que busquem algo mais do que simples conhecimento acadêmico abstrato e se proponham a traduzir conhecimento sobre a sociedade em ação pela sociedade, eles assumem uma relação com o direito que é substancialmente a mesma que vimos descrevendo. O direito continua a ser não apenas o contexto de todas as outras ciências sociais, mas o instrumento pelo qual seus frutos devem ser colhidos para os fins da ação social formal.

C. A Aplicação de Estruturas Normativas

Atualmente, a grande responsabilidade do profissional jurídico no processo de aplicação oficial e legítima de estruturas normativas pré-existentes — o processo de aplicação formal do direito — é incontroversa. Com o virtual desaparecimento do juiz de paz laico, os juízes hoje são, quase sempre, profissionais jurídicos. (...) No contencioso administrativo, decisões tomadas por profissionais não-jurídicos ainda são comuns. Mas o procurador geral do órgão administrativo normalmente exerce grande influência na determinação da decisão e as decisões são, normalmente, sujeitas a controle judicial.

Somente no campo da arbitragem privada — arbitragem comercial, normalmente — é que o profissional do direito ainda é largamente suplantado por árbitros de formação não jurídica.

Não estamos querendo dizer com isso que outros especialistas não têm papéis importantes a desempenhar no processo formal de aplicação do direito. Especialistas de todo tipo são necessários, como peritos e assistentes técnicos, para o desenvolvimento dos fatos que são decisivos para a aplicação do direito. Aqui há um importante teste para o profissional jurídico — sua habilidade para trazer à tona e interpretar esse tipo de manifestação num processo.

Próximos a esse tipo de consideração estão problemas com o desenvolvimento do que podemos chamar de *fatos legislativos*, que não abordaremos em detalhes agora. Deve um juiz decidir que ações negociadas em bolsa são investimentos adequados para uma fundação com fins públicos? A resposta pode ter a ver em parte com a prática usual de fundações públicas e com a experiência em investimentos com esse tipo valor mobiliário. Como deve a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, no que respeita à insalubridade do ambiente de trabalho, ser interpretada? Pode ser relevante considerar as diferentes práticas da indústria em questão e as regulamentações técnicas sobre saúde no trabalho. Como devemos interpretar a legislação anti-truste, no que respeita a acordos de associação entre empresas? É impossível responder a essa questão sem conhecer bastante sobre os efeitos econômicos desse tipo de associação.



Em todos os exemplos que acabamos de dar, os fatos que devem ser descobertos são fatos relevantes à maneira como uma estrutura normativa geral deve ser aplicada — as circunstâncias que o juiz deve considerar como razão ou fundamento de sua decisão. A função do profissional do direito aqui é similar à função de desenvolver, em colaboração com outros especialistas, os fatos relevantes à elaboração de um contrato ou uma lei. Mas também tem diferenças fundamentais. Que fatos são relevantes depende do leque de escolhas disponível ao juiz, o que, por sua vez, depende do alcance da competência institucional do juiz. O leque é muito menor do que o leque disponível aos legisladores ou ao empresário privado. O treinamento do profissional jurídico é necessário para a boa avaliação do campo de criatividade judicial adequado. Os fatos a serem considerados, ademais, devem ser apresentados de maneira apropriada ao juiz e o profissional jurídico é especialista nisso.

No vasto e variado campo da aplicação privada de estruturas normativas, o profissional jurídico tem uma ampla lista de funções adicionais.

Próximo ao seu papel como representante e advogado no processo de aplicação formal do direito, o profissional jurídico tem uma função como representante e advogado na resolução de conflitos privados de forma não-litigiosa (acordos). Essa função traz à baila três facetas distintas de seu treinamento: habilidade em prever o resultado possível se o caso for levado ao judiciário e, portanto, de avaliar o poder de barganha de cada lado; habilidade de negociação para encontrar o denominador comum de vantagem mútua entre as partes; e habilidade no exercício formal de competências institucionais que tornam o acordo obrigatório para as partes.

Além dessas competências para fazer acordos e das habilidades discutidas antes para planejar o futuro de maneira criativa e legítima, há vários tipos de situações privadas que não envolvem nada ou quase nada dessas competências de planejamento. Por exemplo, situações simples de compra e venda de imóveis, de bens pessoais, doações, contratos cujos termos sejam pré-fixados de maneira padrão ou habitual etc. etc.. Normalmente, a assistência jurídica é invocada para tratar desse tipo de situação apenas quando surgem problemas especiais. Na maior parte, contudo, o arcabouço jurídico é tão estabelecido e entendido que as pessoas são capazes de agir sem precisar de grande assistência. Assim, as pessoas compram e vendem mercadorias, imóveis, bens de consumo; importam e exportam bens; contratam e demitem empregados; e se envolvem num monte de outras transações e negócios na expectativa confiante de que não sofrerão nenhum tiro jurídico pela culatra.

Um outro aspecto do impacto do direito sobre particulares, e portanto da função do advogado como consultor ou conselheiro privado, diz respeito aos deveres de conduta privados. Profissionais jurídicos estão constantemente sendo chamados para dizer às pessoas, previamente à tomada de qualquer ação ou ao desenrolar de uma controvérsia, quais são suas obrigações pe-



rante outra pessoa e perante o Estado e quais são as obrigações da outra pessoa perante elas. No caso de regulamentações muito detalhadas, como as relacionadas ao pagamento de impostos, a orientação solicitada deve ser muito meticulosa e cuidadosa. Na maior parte, contudo, o que está em jogo são proibições. A orientação quanto aos cuidados e à prudência que devem ser considerados ao tomar ações é grande parte do trabalho do profissional jurídico. Quando o que está em jogo não é apenas uma conduta isolada mas uma conduta repetida ou prática, o trabalho envolverá não apenas a avaliação de riscos, mas a preparação de plano de ação para minimizá-los. Evidentemente, isso traz à baila a competência em lidar com contingências futuras, de maneira muito semelhante àquela necessária para a formulação de estruturas normativas que tenham a força do direito a embasá-las.

Quando pessoas não têm deveres, é porque têm faculdades ou direitos. Assim, orientar alguém sobre uma obrigação, é orientar, do lado reverso, sobre um direito também. O leque de obrigações e faculdades, tomados conjuntamente, cobre todo o leque da atividade e inatividade humana. Potencialmente, portanto, nada é alheio ao direito e, pelo mesmo motivo, ao profissional do direito. Como se sabe, mesmo a faculdade de um indivíduo para cantar no banheiro pode se transformar numa controvérsia se um vizinho reclamar que se trata de uma perturbação de vizinhança.

Discrecionabilidade no uso de competências institucionais e discrecionabilidade no uso de faculdades são, portanto, as duas grandes esferas de hegemonia das pessoas. O direito outorga as competências e atribui as faculdades, mas cabe primordialmente às próprias pessoas, com a assistências que conseguirem arregimentar das demais ciências do comportamento humano, dizer o que fazer com elas.



NON-SENSE TRANSCENDENTAL E A ABORDAGEM FUNCIONAL¹¹

Felix Cohen

I. O Paraíso dos Conceitos Jurídicos

Há mais ou menos cinquenta anos, um grande jurista alemão teve um sonho curioso. Ele sonhou que havia morrido e tinha sido levado a um paraíso especial reservado aos teóricos do direito. Nesse paraíso, as pessoas se encontravam face a face com os vários conceitos da teoria jurídica em estado de pureza absoluta, livres de qualquer laço que os pudesse prender ao âmbito da vida humana. Ali estavam os espíritos desencarnados da Boa-fé e da Má-fé, Propriedade, Posse, Negligência e dos direitos *in rem*. Ali estavam todos os instrumentos lógicos necessários para manusear e transformar esses conceitos jurídicos e, assim, criar e resolver os mais belos problemas jurídicos. Ali se podia encontrar uma prensa hidráulica dialético-interpretativa que podia gerar um número indefinido de significados a partir de qualquer texto ou lei; um aparato para construir ficções; uma máquina de cortar fios de cabelos que podia dividir um único fio de cabelo em 999.999 partes iguais e, quando operada pelos profissionais do direito mais qualificados, podia dividir cada uma dessas partes novamente em 999.999 outras partes iguais. As ilimitadas oportunidades presentes nesse paraíso dos conceitos jurídicos estavam abertas para todos os juristas devidamente capacitados, bastando apenas que eles bebessem da fonte Letéia, que induz ao esquecimento completo dos interesses humanos e terrestres. Mas, para os juristas mais comprometidos e preparados, a Fonte Letéia era inteiramente supérflua: eles não tinham nada a esquecer.

O sonho de Von Jhering foi contado novamente, recentemente, nas Capelas da Jurisprudência Sociológica, Funcional, Institucional, Científica, Experimental, Realista e Neo-Realista. A pergunta surge: “Quanto do pensamento jurídico contemporâneo se movimenta no puro éter do Paraíso dos Conceitos Jurídicos de Von Jhering?” Nos voltamos para os melhores manuais jurídicos e para a opinião dos tribunais buscando uma resposta. Que a Sombra de Von Jhering seja o nosso guia.

1. Onde “Está” a Empresa¹²?

Começamos nossa pesquisa examinando um tribunal excepcionalmente capaz lidando com um típico problema de processo judicial. No caso de *Tauza vs. Susquehanna Coal Company*, uma empresa que havia sido constituída segundo as leis e com sede no Estado da Pensilvânia foi acionada judicial-

¹¹ F. Cohen, *Trancendental Nonsense and the functional Approach*, 35 column, L. rev. 809 (1935) – trechos selecionados. Tradução livre de Joanna Vieira Noronha.

¹² Tipo de empresa, sociedade comercial, N.T.



mente em Nova Iorque. Citações e requisições foram feitas a um representante da empresa em Nova Iorque, segundo os procedimentos de citação previstos na lei nova-iorquina. A empresa se defendeu alegando *não poder* ser processada em Nova Iorque. A Corte de Apelações de Nova Iorque não aceitou essa argumentação e decidiu que a empresa poderia, sim, ser acionada naquele estado. O que é de interesse não é essa decisão específica do tribunal, mas o modo de raciocínio pelo qual se chegou a ela.

O problema enfrentado pela Corte acima era de natureza essencialmente prática. Se um órgão legislativo tivesse considerado [deliberadamente] o problema — isto é, quando uma empresa criada com sede em um estado pode ser acionada em outro estado —, ele teria provavelmente empreendido estudos empíricos sobre a prática das empresas modernas ao escolher suas bases territoriais e do real significado da relação entre uma empresa e o estado em que ela constitui sua sede. Ele poderia ter considerado as dificuldades que pessoas lesadas teriam ao se ver obrigadas a levar os litígios ao judiciário contra a empresa no estado de sua sede. Poderia ter considerado, contra tais dificuldades, o possível obstáculo criado para tais empresas, ao terem que se defender em vários estados, considerando o aparato judicial à disposição de empresas-rés. Com base nos fatos revelados por tais estudos, e ainda com base em certos *juízos de valor* político ou ético acerca da conveniência de se colocar um ônus financeiro sobre as empresas, um órgão legislativo competente teria tentado formular regras sobre em que ocasiões uma empresa de outro estado poderia estar sujeita a ser acionada.

A Corte de Apelações chegou a sua conclusão sem explicitamente considerar nenhum desses aspectos. Parece que nenhuma comprovação científica relativa a qualquer desses méritos foi apresentada à Corte. Em vez de dirigir-se a tais questões econômicas, sociológicas, políticas ou éticas, como faria um órgão legislativo competente, a Corte dedicou-se ao problema “Onde está uma empresa?”. Estaria *realmente* essa empresa na Pensilvânia ou em Nova Iorque, ou poderia ela estar em dois lugares ao mesmo tempo?

Claramente, a questão de *onde está uma empresa*, quando está sediada em um estado e tem representantes ou prepostos que realizam negócios em seu nome em outro estado, não é uma pergunta que possa ser respondida através de observação empírica. Também não é uma questão que necessite, para sua resposta, de alguma análise de considerações políticas ou de ideais sociais. Ela é, na realidade, uma questão de mesmo *status* metafísico que as questões os que teólogos escolásticos teriam se proposto longamente: “Quantos anjos podem ficar em pé sobre a ponta de uma agulha?”. Hoje, é bem incerto saber se alguns dos escolásticos realmente discutiram essa questão. Ainda assim, esse questionamento tornou-se, para nós, um símbolo de uma era em que o pensamento sem qualquer raiz na realidade era objeto de grande estima.

Será que os historiadores futuros serão mais generosos com perguntas do tipo “Onde está uma empresa?” Ninguém nunca viu uma empresa. Que direito temos de acreditar em empresas se não acreditamos em anjos? Claro, alguns de nós já viram fundos corporativos, transações empresariais, etc. (assim como alguns de nós já viram feitos angelicais, rostos angelicais, etc.) Entretanto, isso não nos dá o direito de atribuir real existência a uma entidade puramente conceitual, de “coisificar” a empresa, e assumir que ela viaje de um estado a outro como viaja um homem mortal. Com certeza, nos habilitamos a adentrar o paraíso dos conceitos jurídicos sonhado por Von Jhering quando abordamos um problema jurídico em termos tão essencialmente sobrenaturais.

Ainda assim, foi exatamente nesses termos de *non-sense* transcendental que a Corte de Apelações abordou a questão de se a *Susquehanna Coal Company* poderia ser acionada judicialmente no estado de Nova Iorque. “O ponto essencial”, disse o Juiz Cardozo, relatando para uma corte que chegaria a um veredicto unânime, “é se a empresa entrou no estado”. Por que razão essa viagem da empresa é *tão importante* ou mesmo *possível*, ele não nos informa. No voto, consta que a *empresa* tem um escritório naquele estado, com oito vendedores e onze estações de trabalho e, assim, conclui que a empresa está realmente “em” Nova Iorque. Dessa premissa facilmente prossegue para concluir que, já que um pessoa que está em Nova Iorque pode ser acionada ali, e já que um *empresa* é uma pessoa, a *Susquehanna Coal Company* pode ser sujeita a ação em uma corte de Nova Iorque.

A mesma forma de raciocínio pode ser usada pela mesma corte para mostrar que a *Dodge Bros. Motor Corporation* “não pode” ser acionada em Nova Iorque porque a *empresa* (diferentemente de suas equipes de empregados e representantes de Nova Iorque) não está “em” Nova Iorque.

Mesmo que esse tipo de argumentação possa parecer muito estranho a um leigo, advogados treinados em acreditar no impossível pela longa prática aceitarão esse raciocínio como relevante, substancioso e competente.

(...)

Obviamente, seria exigente demais criticar as Cortes por exprimir duas decisões na linguagem do *non-sense* transcendental. Teóricos de lógica forma por vezes falam como se a única função da linguagem fosse veicular idéias. Entretanto, antropólogos têm uma melhor percepção do fenômeno e afirmam que “a linguagem é primariamente uma função pré-racional”. Certas palavras e frases são úteis para o propósito de liberar emoções contidas, ou para ninar bebês, ou para induzir certas emoções e atitudes em um público, no campo político ou jurídico, por exemplo. O Direito não é uma ciência, mas uma atividade prática, e mitos podem impressionar a imaginação e a memória, quando um discurso mais preciso deixaria as mentes adormecidas.



Embora a linguagem do *non-sense* transcendental possa ser valiosa para muitos propósitos jurídicos, torna-se, no entanto, completamente inútil quando se trata de estudar, descrever, prever e criticar fenômenos jurídicos. E embora juízes e advogados não precisem ser cientistas do Direito, tem uma certa importância prática que eles possam reconhecer que a linguagem tradicional usada na argumentação e nos votos [de questões jurídicas] não explica nem justifica as decisões judiciais. Quando as curiosas ficções e metáforas da teoria jurídica tradicional são vistas como razões para decisões, em vez de instrumentos poéticos ou mnemônicos para formular decisões efetivamente alcançadas com base em outros fundamentos, então o autor e o leitor do voto ou raciocínio jurídico tradicional está apto a esquecer as forças sociais que moldam o Direito e os ideais sociais através dos quais o Direito deve ser avaliado. Então, é assim que os mais inteligentes juízes dos Estados Unidos são capazes de lidar com um problema concreto, prático, de processo judicial e de responsabilidade empresarial sem qualquer apreciação dos aspectos econômicos, sociais e éticos que tal problema envolve.

(...)

2. Qual a importância de uma “marca”?

O divórcio entre o raciocínio jurídico e questões de fato social e de valor ético não é um produto de ficções jurídicas herdadas de épocas mais obscuras. Mesmo nos mais modernos campos de desenvolvimento jurídico podemos encontrar o pensamento dos tribunais e de estudiosos do Direito girando como trapezistas sem nunca pousar no chão dos fatos verificáveis. Os desenvolvimentos jurídicos recentes nas leis de concorrência desleal oferecem muitos exemplos desse tipo de raciocínio circular.

Tempos atrás, houve uma teoria segundo a qual o direito de marcas e nomes comerciais era uma tentativa de proteger o consumidor contra uma “maquiagem” que o levasse a adquirir uma mercadoria inferior sob uma marca que o induzisse a erro. Cada vez mais, os tribunais têm se afastado de tal teoria e têm passado a enxergar esse ramo jurídico como uma proteção de direitos de propriedade sobre instrumentos de “marketing” com valor econômico. Na prática, ações judiciais estão sendo usadas amplamente, de forma a alcançar áreas onde nenhum perigo real de confusão do consumidor está presente e tal ampliação tem sido vigorosamente apoiada e encorajada por grandes autores do tema. É possível conceber que essa expansão possa ser justificada através da demonstração de que instrumentos de venda controlados privadamente servem como base psicológica para o poder de monopólios econômicos e que tais monopólios são socialmente valiosos na civilização moderna. Mas nunca tal linha de raciocínio foi externalizada pelos tribu-



nais ou estudiosos do tema que advogam crescente proteção legal dos nomes comerciais e outros institutos similares. Isso ocorre porque, se utilizassem tais argumentos, poder-se-ia ter a impressão de que estariam assumindo uma posição específica em questões que são política e economicamente controversas. Dessa forma, têm buscado refúgio num círculo vicioso no qual qualquer fato que seja claramente extrajurídico não pode ser admitido. O argumento jurídico corrente é o seguinte: aquele que, pela engenhosidade de sua propaganda ou qualidade de seu produto tenha induzido uma resposta positiva dos consumidores a um nome, símbolo, embalagem, entre outras características, criou, dessa forma, algo de valor; algo de valor é uma propriedade; o criador de uma propriedade tem direito a proteção contra terceiros que busquem privá-lo de sua propriedade. Tal argumento pode ser recheado, em alguns casos, com censuras aos motivos egoísticos daquele que violou o direito de propriedade assim criado; com um resumo das provas apresentadas pelo autor (naturalmente sem o contraditório) de quanto dinheiro teria gastado com propaganda; e insinuações (quase nunca apoiadas factualmente) de inferioridade do produto daquele que violou o direito.

O círculo vicioso inerente a esse tipo de raciocínio é óbvio. Ele procura basear uma proteção jurídica sobre o valor econômico quando, na realidade, o valor econômico de um instrumento de venda (como um nome ou uma marca) é que depende da extensão que terá a sua proteção jurídica. Se a exploração comercial da palavra “Palmolive” não estiver restrita a uma única firma, tal palavra não terá mais valor econômico para qualquer empresa do que tem um tamanho, forma, modo de embalar ou propaganda comuns. Sem ter valor econômico para uma pessoa jurídica específica, a palavra seria considerada juridicamente como “não-propriedade” e não teria qualquer proteção jurídica especial. Em outras palavras, o fato de que outros tribunais não protegessem a palavra a tornaria sem valor e tal fato então seria considerado razão para não protegê-la. Embora esse círculo vicioso possa parecer ridículo, é logicamente tão conclusivo ou inconclusivo quanto o círculo vicioso oposto, que aceita o fato de que os tribunais protegem a exploração privada de uma certa palavra como uma causa para proteger a exploração privada.

A circularidade do raciocínio jurídico em todo o campo da concorrência desleal é disfaraçada pela “coisificação” da propriedade. O linguajar jurídico descreve os tribunais como examinando os nomes comerciais e encontrando, de alguma forma inatos a eles, os direitos de propriedade. É por causa do direito de propriedade que o autor adquiriu sobre a tal palavra que ele está intitulado a receber uma tutela ou uma reparação de danos. De acordo com autoridades reconhecidas no ramo da concorrência desleal, os tribunais não estão criando a propriedade, mas sim meramente reconhecendo uma Coisa pré-existente.



A teoria de que decisões judiciais no campo da concorrência desleal são meros reconhecimentos de Algo sobrenatural que está imanente em certos nomes comerciais e símbolos é, claro, uma das inúmeras derivações da teoria de que juízes nada têm a ver com a produção da lei, ao contrário: seu papel seria meramente reconhecer verdades pré-existentes não criadas por homens mortais. O efeito de tal teoria, seja no campo da concorrência desleal ou em qualquer outro, é o de ofuscar a compreensão do homem leigo sobre o que as cortes realmente fazem.

Obviamente, o que os tribunais estão de fato fazendo nos casos que envolvem concorrência desleal é criar e distribuir uma nova fonte de riqueza ou poder econômico. A linguagem é socialmente útil em separado do direito, assim como o ar é socialmente útil, mas nem a linguagem nem o ar são fonte de riqueza econômica, a não ser que se impeçam algumas pessoas de se utilizar desses recursos ao passo que outras pessoas estão permitidas fazê-lo. Isso significa dizer que a propriedade é uma função da desigualdade. Por exemplo, se os tribunais impedissem que um homem pudesse respirar o ar já respirado por outro homem, os indivíduos que respirarem mais vigorosamente e fossem mais ágeis e sábios em selecionar localizações estratégicas onde respirar (ou fizessem contratos melhores com tais pessoas) teriam, em virtude de seu direito de propriedade sobre certos volumes de ar, uma vantagem econômica peculiar. Tal vantagem poderia, através de vários modos de troca econômica, ser transformada em outras formas de vantagem econômica, como a propriedade de um jornal ou boas roupas. Então, se as cortes impedem que um homem explore certas formas de linguagem que outra pessoa já começou a explorar, o segundo usuário estará em desvantagem econômica, já que terá que pagar para utilizar a linguagem ou terá que fazer uso de uma linguagem menos interessante, em geral, para apresentar o que quer que ofereça ao público.

Os tribunais, ao estabelecer uma desigualdade na exploração comercial da linguagem estão criando riqueza econômica e propriedade, criando essa propriedade, claro, não *ex nihilo* [do nada, N.T.], mas a partir de fatos sociais, costume comercial e crenças morais populares. Não se segue daí, a não ser caindo em falácia de composição¹³, que ao criarmos uma nova espécie de propriedade privada as cortes estejam beneficiando a sociedade. A questão de se estão ou não beneficiando a sociedade depende de uma série de perguntas que os magistrados e estudiosos desse campo ainda não consideraram seriamente. Praticamente falando, existe um suprimento ilimitado de palavras igualmente atrativas sob as quais uma mercadoria pode ser vendida, de forma que o segundo vendedor do produto não esteja em desvantagem comercial se for forçado a evitar o uso das palavras usadas pelo primeiro vendedor? Se esse não é o caso, ou seja, se contextos emocionais peculiares dão a certa palavra mais apelo comercial que a outras associadas ao mesmo produto, deve

¹³ [Como as partes de um todo têm uma certa propriedade, argumenta-se que o todo tem essa mesma propriedade. Esse todo pode ser tanto um objeto composto de diferentes partes, como uma coleção ou conjunto de membros individuais. Exemplos: (i) Cada tijolo tem três polegadas de altura, portanto a parede de tijolo tem três polegadas de altura. (ii) As células não têm consciência. Portanto, o cérebro, que é feito de células, não tem consciência. N.T.]

a atratividade peculiar de tal palavra obter a proteção do Estado, sem qualquer pagamento, ao seu primeiro usuário? Seria essa lei de apropriação da linguagem necessária para induzir o primeiro usuário a utilizar a palavra mais atrativa ao vender seu produto? Se, por outro lado, todas as palavras têm igual potencial atrativo no âmbito comercial, mas se tornam diferenciadas através da propaganda e outras formas de exploração comercial, será esse tipo de pressão comercial um fenômeno positivo, ou que deva ainda ser encorajado ao oferecermos recompensas jurídicas para a exploração privada de hábitos lingüísticos e crenças populares? Até que ponto a diferenciação dos produtos por nomes comerciais é uma ajuda aos consumidores para que comprem melhor? Até que ponto o poder exclusivo de explorar um certo termo atrativo e de alterar as qualidades dos produtos a que essa marca está ligada é um meio de enganar os consumidores a comprar produtos de qualidade inferior?

Sem que enfrentemos honestamente essas e outras questões similares, o raciocínio jurídico no ramo de marcas e nomes comerciais é simplesmente um preconceito econômico mascarado pela capa da lógica jurídica. O pensamento que alinha os interesses do autor de uma ação de concorrência desleal aos interesses do mercado, e equipara os interesses do mercado com os interesses da sociedade não será examinado criticamente pelas cortes e estudiosos de direito até que seja reconhecido e explicitado; e, ainda, não será reconhecido ou explicitado enquanto a “coisificação” dos “direitos de propriedade” esconda a circularidade do raciocínio jurídico.

3. Quanto Vale o “Valor de Mercado”?

Talvez o mais conhecido exemplo de raciocínio circular na teoria jurídica contemporânea é o que está envolvido na determinação judicial das tarifas a que os concessionários de serviços públicos fazem jus, conforme a Constituição. O que as cortes buscam fazer, em casos que requeiram uma quantificação da tarifa a ser paga por serviços públicos, é determinar o “valor” dos investimentos e gastos da prestadora de serviços públicos e então fixar um preço a ser pago pelo consumidor, de forma a garantir uma taxa de retorno justa, segundo esse valor. Esse procedimento seria compreensível se as cortes referissem como “valor” o custo real ou o custo de reposição. Entretanto, por quase quarenta anos, desde o famoso caso *Smith vs. Ames*, as cortes têm insistido que pode ser “inconstitucional” atribuir à prestadora de serviços públicos somente um retorno justo sobre o custo real ou sobre o custo de reposição de seus bens; segundo as cortes, deve ser permitido às prestadoras um retorno justo sobre o “valor real” de seus bens.

Qual é o valor real de tais bens? Obviamente, é a capitalização, a taxas correntes de mercado, sobre o lucro esperado e juridicamente permitido. Num

mercado financeiro com taxa de juros igual a seis por cento ao ano, uma empresa que seja autorizada a lucrar seis milhões de dólares por ano será reconhecida como valendo cem milhões de dólares; uma empresa que seja autorizada a lucrar 3 milhões por ano será reconhecida como valendo cinquenta milhões dólares. *O valor real dos bens dessa pessoa jurídica, portanto, é determinado em função da decisão da corte*, e a decisão da corte não pode ser baseada, na realidade, no valor real dos bens. Tal valor é criado pela corte; anteriormente à decisão da corte e sem informações ou opiniões sobre como a corte decidirá, não temos um fato econômico. Não é, tampouco, explicitamente um valor ético baseado na determinação da quantia que uma pessoa jurídica deva, sob a luz dos fatos sociais e das políticas sociais, ser permitida cobrar de seus usuários. O raciocínio nesse campo é portanto totalmente mítico e a real motivação das cortes, ao chegar a dadas decisões, está efetivamente escondida de todos os que realmente acreditem na teologia jurídica ortodoxa.

(...)

6. A Natureza do Non-sense Jurídico

Seria tedioso prolongar esse estudo; em todos os campos do direito vamos encontrar o mesmo hábito de ignorar juízos práticos de valor e fatos empíricos e buscar refúgio em “problemas jurídicos” que sempre podem ser respondidos através do manuseio de conceitos jurídicos de certas maneiras já aprovadas. Em todos os campos do direito é provável que encontremos conceitos peculiares que não são definidos nem em termos de fatos empíricos nem em termos éticos, mas que são usados para responder tanto a questões empíricas quanto éticas, e, portanto, funcionam como uma barreira à investigação inteligente de fatos sociais e políticas sociais. *Pessoas jurídicas, direitos de propriedade, valor de mercado e devido processo legal* são conceitos dessa ordem. Assim como título, contrato, conluio, má-fé, nexos causal e todas as outras “palavras mágicas” da jurisprudência tradicional. Argumentos jurídicos calçados em tais termos são necessariamente circulares, já que tais termos são, eles próprios, criações jurídicas; tais argumentos contribuem tanto para o nosso conhecimento quanto a descoberta do médico de Molière: o ópio faz com que as pessoas durmam porque contém um princípio “dormitivo”.

A proposição de que o ópio faz com que pessoas adormeçam *porque* contém um princípio dormitivo é cientificamente útil, se “princípio dormitivo” for definido física ou quimicamente. De outra forma, serve apenas para obstruir o caminho do entendimento, sob a aparência de conhecimento. Assim, da mesma forma, o raciocínio pelo qual uma certa lei é inconstitucional *porque* ela priva pessoas de propriedade sem o devido processo legal seria cientificamente útil se “propriedade” e “devido processo legal” fossem definidos



em termos não-jurídicos; de outra forma, tal pronunciamento simplesmente obstrui o estudo dos fatos relevantes.

Se exemplos de raciocínio jurídico acima são típicos, é possível sintetizar as premissas básicas da teoria jurídica tradicional nos seguintes termos:

Conceitos jurídicos (por exemplo, “empresas” ou “direitos de propriedade”) são entidades sobrenaturais que não possuem uma existência verificável, a não ser sob a perspectiva da fé. As *Regras de Direito*, que se referem a tais conceitos jurídicos, não são descrições de fatos sociais empíricos (como os costumes dos homens ou dos magistrados) nem tampouco proclamações de ideais morais; são, ao contrário, teoremas de um sistema independente. Deduz-se daí, então, que um argumento jurídico não pode nunca ser refutado por um princípio moral nem por fatos empíricos. A *teoria jurídica*, então, como um sistema autônomo de conceitos jurídicos, regras e argumentos, deve ser portanto independente tanto da ética quanto das ciências empíricas, como economia ou psicologia. Com efeito, ela é um ramo especial da ciência do *non-sense* transcendental.

II — O Método Funcional

Que algo está radicalmente errado no nosso pensamento jurídico tradicional foi reconhecido já há muito tempo. Holmes, Gray, Pound, Brooks Adams, M.R.Cohen, T.R.Powell, Cook, Oliphant, Moore, Radin, Llewellyn, Ynterna, Frank e outros líderes do pensamento jurídico moderno nos Estados Unidos concordam fundamentalmente em seu desrespeito pela “jurisprudência mecânica”, pela mágica jurídica e por jogos de palavras. Entretanto, essa concordância mútua é menos aparente quando chegamos à questão do que fazer: como se libertar desse emaranhado? Como substituiremos a clássica e teológica jurisprudência de conceitos por um relato realista, científico e racional de fatos jurídicos?

Tentativas de responder a essa pergunta utilizam-se persistentemente do termo “abordagem funcional” [functional approach]. Infelizmente, essa expressão tem freqüentemente sido usada com tão pouco significado quanto qualquer dos conceitos jurídicos mágicos contra os quais se dirige. Muitos dos que usam o termo “funcional” pretendem transmitir não mais do que a vaga conotação que a palavra “prático” traz a homem “prático”. Além disso, o termo “abordagem funcional” é às vezes usado para designar uma forma moderna de animismo, segundo a qual cada instituição social ou organismo biológico tem um “propósito” em sua vida, e deve ser julgada como boa ou ruim à medida em que alcança ou deixa de alcançar tais “propósitos”. Não tentarei ser fiel a tais usos vagos do termo “funcional”. Usarei o termo, em vez disso, para designar certos princípios ou tendências que aparecem mais



claramente na ciência física e matemática moderna, assim como na moderna filosofia. É preciso notar que o problema de eliminar termos sobrenaturais, questões sem sentido e redefinir conceitos e questões em termos de realidade verificável não é um problema peculiar ao Direito. É um problema que foi enfrentado, nos últimos dois ou três séculos e, mais especialmente nas últimas quatro ou cinco décadas, pela Filosofia, Matemática e Física assim como pela Psicologia, Economia, Antropologia e, sem dúvida, também por outras ciências. Funcionalismo, operacionalismo, pragmatismo, positivismo lógico, todos esses e muitos outros termos têm sido usados nos mais diversos campos, com diferentes tons de significado e ênfase, para designar uma certa abordagem comum a essa tarefa genérica de redefinir conceitos e questões tradicionais.

Talvez ajude a esclarecer o significado da abordagem funcional no direito se recuperarmos algumas das contribuições básicas do método funcional na ciência e filosofia modernas.

(...)

1. A Erradicação de Conceitos sem Sentido

Do lado negativo (obviamente, de extrema importância num movimento de crítica), a abordagem funcional representa um ataque sobre todos os dogmas e mecanismos que não possam ser traduzidos em termos de experiência efetiva.

(...)

2. A Redução das Questões sem Sentido

Tais como normalmente enunciados, “problemas” do tipo “Qual é a *ratio decidendi* de um caso?” ou “Qual é a distinção essencial entre responsabilidade civil e criminal?” ou “Onde está a Empresa?” são, em realidade, sem sentido e só podem servir como convites a demonstrações igualmente sem sentido de acrobacias conceituais.

Fundamentalmente, só há duas questões importantes no campo do direito. Uma é: “Como os tribunais efetivamente decidem casos de um determinado tipo?”. A outra é: “Como os tribunais deveriam decidir casos de um determinado tipo?”. A não ser que um “problema jurídico” possa ser reduzido a uma dessas formas, ele não constitui uma questão com sentido e qualquer resposta a ele deve ser *non-sense*.

(...)



3. A Redefinição de Conceitos

Apesar de o aspecto negativo [crítico] do método funcional normalmente assumir posição de destaque em controvérsias intelectuais, o valor do método depende, no fim das contas, em suas contribuições positivas para o avanço do conhecimento.¹⁴

III. Os Usos do Método Funcional no Direito

(...)

4. A Crítica Jurídica

O principal serviço que a abordagem funcional pode prestar, ao separar as regras, conceitos e instituições jurídicas dos sabores atraentes da lógica jurídica ou metafísica, é, talvez, abrir espaço para uma crítica ética consciente do Direito. Na teoria jurídica tradicional, o espírito crítico, quando existe, se encontra mascarado pela camuflagem protetora do *non-sense* transcendental: “O Direito *deve* (ou *não pode*) ser assim mesmo, porque a *natureza* dos contratos ou empresas assim o requer”. A abordagem funcional permite que a ética saia de seu esconderijo. Quando reconhecemos que regras jurídicas são simples fórmulas desprezando uniformidades das decisões judiciais, que os conceitos jurídicos também são padrões ou funções das decisões judiciais e que as decisões elas mesmas não são produtos de uma partenogênese¹⁵ lógica, nascida de princípios jurídicos pré-existentes, mas são, em vez disso, eventos sociais com causas e conseqüências sociais, então estaremos prontos para a séria tarefa de avaliar o Direito e as instituições jurídicas em termos de algum padrão de valores humanos.

A importância, para a tarefa de crítica jurídica, da descrição clara e objetiva do comportamento judicial, assim como de suas causas e conseqüências, está passando a ser de uma forma geral reconhecida. O que não é tão facilmente reconhecida é a importância da crítica jurídica para a ciência jurídica objetiva.

Desde o brilhante trabalho de Bentham, a ciência jurídica descritiva não tem feito quase nenhum progresso em determinar as conseqüências das regras jurídicas. Tendo em vista o progresso da pesquisa moderna sobre os antecedentes e o contexto social da decisão judicial, essa falha do estudo jurídico ainda precisa ser explicada.

Talvez essa falha possa ser explicada por uma premissa herdada segundo a qual leis e decisões são auto-executáveis; de que as conseqüências de uma

¹⁴ [O autor enumera a partir daqui uma série de conceitos filosóficos e suas redefinições a partir de tradições críticas. N.T.]

¹⁵ [Desenvolvimento de óvulos sem fecundação. Definição retirada de Glossário de Biotecnologia, Edição 2005. N.T.]

lei ou de uma decisão são, portanto, claramente indicadas pela linguagem da própria lei ou decisão; e de que a pesquisa nos fatos é, dessa forma, um bônus, um trabalho de supererogação¹⁶. É possível que essa falha de pesquisa seja explicada pelo destaque que o advogado ligado ao setor privado tem na nossa educação jurídica. O advogado privado está interessado nas *causas* das decisões judiciais, mas seu interesse nas suas conseqüências provavelmente cessará com o pagamento dos honorários. Estou inclinado a pensar, entretanto, que a falha na nossa educação jurídica nessa direção pode ser atribuída a uma dificuldade mais fundamental. A possibilidade da determinação das conseqüências de uma determinada regra jurídica parece ser uma tarefa infinita, e é realmente uma tarefa infinita a não ser que a encaremos com algum critério discriminatório de que conseqüências são *importantes*. Um critério de importância pressupõe um critério de valores, que é precisamente o que os modernos pensadores das escolas ‘sociológicas’ e ‘realistas’ de teoria jurídico nunca tiveram. O Professor Pound falou por muitos anos sobre a “ponderação de interesses”, mas sem nunca indicar que interesses seriam mais importantes que outros ou como se pode elaborar um padrão de pesos para a avaliação dos “interesses”. “Realistas” contemporâneos têm, em geral, ou negado absolutamente que padrões absolutos de importância possam existir, ou então insistido que devemos entender profundamente os fatos como eles são antes de começarmos a valorá-los. Tal adiamento do problema dos valores é equivalente ao seu repúdio. Nós nunca entenderemos profundamente os fatos como eles são e provavelmente não faremos muito progresso no sentido de tal entendimento a não ser que, ao mesmo tempo, tragamos à discussão uma teoria crítica dos valores. Nos termos de tal teoria, desejos e hábitos específicos dos homens são importantes e a tarefa de pesquisar as conseqüências jurídicas passa do reino da curiosidade vaga ao formato de problema: como tais regras jurídicas fortalecem ou modificam esses importantes hábitos e satisfazem ou impedem esses importantes desejos?

A tarefa positiva da ciência descritiva jurídica não pode, portanto, ser inteiramente separada da tarefa da crítica jurídica. A coleta de fatos sociais sem um critério seletivo de valores humanos produz uma selva melancólica de estatísticas inúteis. A relação entre a ciência positiva jurídica e a crítica jurídica não é uma relação de prioridade temporal, mas de dependência mútua. A crítica jurídica é vazia sem a descrição objetiva das causas e conseqüências das decisões jurídicas. A descrição jurídica é cega sem a luz guia de uma teoria de valores. É através da união da ciência objetiva jurídica e teoria crítica de valores sociais que nossa compreensão da importância do Direito para a Humanidade será enriquecida. É a lealdade a essa união de disciplinas distintas que marcará o que é de importância duradoura na ciência jurídica contemporânea e na filosofia jurídica.

¹⁶ [Supererogação é o termo técnico para a classe de ações que vão “além do dever”. Em outras palavras, ações dessa espécie são moralmente valorizadas, mas não são requeridas estritamente. N.T.]



DIEGO WERNECK ARGUELHES

Doutor em Direito (J.S.D.) pela Yale Law School, EUA. Mestre em Direito Público e bacharel em Direito pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School, EUA. Pesquisador do Centro de Justiça e Sociedade da FGV DIREITO RIO.

CAIO FARAH

Doutor em Direito pela USP. LL.M pela Harvard Law School. Bacharel pela USP. Sócio Fundador de Barros Pimentel, Alcântara Gil, Rodriguez e Vargas — Advogados.



FICHA TÉCNICA

Fundação Getúlio Vargas

Carlos Ivan Simonsen Leal
PRESIDENTE

FGV DIREITO RIO

Joaquim Falcão
DIRETOR

Sérgio Guerra
VICE-DIRETOR DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Rodrigo Vianna
VICE-DIRETOR ADMINISTRATIVO

Thiago Bottino do Amaral
COORDENADOR DA GRADUAÇÃO

Andre Pacheco Mendes
COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA – CLÍNICAS

Cristina Nacif Alves
COORDENADORA DE ENSINO

Marília Araújo
COORDENADORA EXECUTIVA DA GRADUAÇÃO