

Perversão do direito (e da democracia): seis casos

Perversion of law (and democracy): six cases

José Rodrigo Rodriguez

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil.
E-mail: jrodrigorodriguez@gmail.com

Artigo recebido em 25/03/2016 e aceito em 19/07/2016.

Resumo

O texto apresenta o conceito de perversão do direito em suas três figuras: fuga do direito, legalidade discriminatória e zona de autarquia. Além disso, discute seis casos de perversão do direito. Perverter o direito significa afastá-lo do controle público, conferindo aparência legal a ações arbitrárias. A partir deste conceito, o trabalho descreve casos de perversão no âmbito da CTNBio, do direito desportivo, política fiscal, direito da cidade, sigilo fiscal e trabalho de estágio.

Palavras-chave: perversão; democracia; estado de direito.

Abstract

The article introduces the concept of "perversion of law" in its three figures: escape of law, discriminatory legality and autarchy zone, discussing at last six cases of perversion of law. The article shows that "to pervert the law" means to keep it away from public control, giving lawful appearance to arbitrary acts. Based on that concept, the paper describes "perversion of law" cases within CTNBio, sports law, fiscal policy, city law, tax secrecy and internship work.

Keywords: perversion; democracy; rule of law.

Perversão do direito (e da democracia)

Crise da democracia?

Já está se tornando um lugar comum afirmar que o Brasil e outros países do Ocidente experimentam um momento de crise da democracia, regime político que estaria se tornando incapaz de efetivar o seu projeto: construir e manter instituições formais e informais capazes de criar as normas que regulam a vida em sociedade a partir do debate público entre cidadãos e cidadãs.

De fato, a globalização, que se acelerou a partir da queda do muro de Berlim em 1989, tem ajudado a relativizar o poder dos Estados, por exemplo, em razão da privatização da regulação por parte de empresas transnacionais e entidades privadas como a FIFA, capazes de impor a validade de seus contratos e regras por todo o globo. Estas empresas e entidades, inclusive, têm prescindido da intervenção da jurisdição estatal para solucionar seus conflitos em favor da arbitragem ou de mecanismos próprios de solução de controvérsias, por exemplo, a exclusão sumária do mercado daqueles ou daquelas que não cumpram suas regras.¹

Além disso, entidades regionais como a União Europeia e diversos organismos internacionais, a maior parte de natureza econômica, como a OMC, tem criado normas internacionais que limitam a margem de manobra dos estados nacionais em um mundo cada vez mais interdependente. No contexto atual, ser sancionado pela OMC pode significar prejuízos consideráveis a empresas e países, pobres ou ricos.²

Mais recentemente, uma série de movimentos sociais ao redor do mundo têm manifestado sua contrariedade em relação a seus respectivos regimes políticos que parecem ter perdido a capacidade de expressar sua

¹ TEUBNER, Gunther. "A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional", In: *Revista de Ciências Sociais e Humanas*, v. 14, n. 33. Piracicaba: Impulso/Unimep, 2003; TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

² VARELLA, Marcelo D. *Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade*. Tese de Livre-Docência em Direito Internacional - USP. São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2015

vontade e a vontade do povo em geral³. Em alguns países esses movimentos deram origem a organizações políticas que se pretendem alternativas aos partidos, como é o caso do “Podemos”, agremiação que já está tomando parte das disputas eleitorais na Espanha.

No Brasil, as jornadas de junho de 2013, os movimentos contra a Copa do Mundo e várias manifestações favoráveis e contrárias ao governo Dilma têm mantido o país em uma espécie de convulsão social permanente, sem que os partidos tenham conseguido, até agora, oferecer uma resposta à altura. Nenhuma força partidária parece ter sido capaz de traduzir as demandas desses movimentos em uma agenda política positiva. Por isso mesmo, muitos analistas interpretam esta situação como um sinal de esgotamento de nosso sistema político.

Uma explicação possível para este fenômeno, proposta pelos escritos de Marcos Nobre, afirma que o pemedebismo, que caracteriza nossa cultura política, teria blindado o sistema político brasileiro contra a influência da sociedade, processo que contribuiu para a eclosão das jornadas de junho de 2013⁴ e para as manifestações subsequentes.

A cultura política moldada à imagem do PMDB, de acordo com Nobre, é marcada por grandes acordos políticos, abertos a novos participantes – desde que estes sejam fortes o suficiente para reivindicar sua participação no gasto dos fundos públicos, gerido pelos ocupantes dos cargos no governo, que garantem o direito de a iniciativas que firam os seus interesses mais imediatos.

Trata-se de uma política de conchavo, de gabinete e centrada na distribuição de cargos entre os partidos; uma política que evita a qualquer custo o debate público aberto. Se debater for, por alguma razão, estritamente necessário, deve-se buscar um *clinch político* que respeite o direito de veto dos diversos grupos que participam do acordo. Fácil perceber, portanto, que quanto mais amplo for o acordo, quanto maior o número de participantes,

³ GOHN, Maria da Glória. *Manifestações de Julho de 2013 no Brasil e nas Praças dos Indignados no Mundo*. São Paulo: Vozes, 2014.

⁴ NOBRE, Marcos. *Imobilismo em Movimento: Da democratização ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

mais vetos haverá e mais engessada e fechada ficará a política em relação aos interesses da sociedade.⁵

As formas da perversão

A análise a partir deste ponto de vista macroscópico da crise da democracia, tematizando os limites do sistema político e do poder do estado, não exclui reflexões sobre a saúde deste regime por meio da análise de processos microscópicos responsáveis por perverter o estado de direito ao levar o regime democrático a perder o contato com a soberania popular.

Tais processos, como veremos, não estão necessariamente ligados aos novíssimos movimentos sociais ou ao processo de globalização, também não são necessariamente visíveis quando analisamos a política partidária. No entanto, eles também têm o poder de corroer de forma significativa o poder da soberania popular, fazendo com que as instituições formais permaneçam imunes à vontade popular.

Processos como estes, como veremos adiante, são resultado de projetos de poder levados adiante por atores sociais variados interessados em *fugir* do estado democrático de direito⁶, ou seja, interessados em esquivar-se dos conflitos sociais existentes no âmbito dos diversos estados nacionais e na esfera transnacional com a criação de mecanismos institucionais postos à salvo da influência dos cidadãos e cidadãs.

Além disso, tais processos podem criar as assim denominadas *zonas de autarquia*, espaços de decisão autárquica, livres da influência do debate público e despidos de qualquer racionalidade que se possa identificar, ainda que sob a aparência de legalidade. Pode-se identificar também estratégias de ação que utilizam a forma geral do direito com a finalidade pervertida de

⁵ Idem, ibidem.

⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do Direito: Um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

atingir grupos específicos ou pessoas determinadas, uma situação que classifico como de *legalidade discriminatória*.⁷

Tenho me referido a estas formas de utilização do direito de “perversão do direito”⁸, por se tratarem de desenhos regulatórios ou decisões formais que se apresentam como lícitas na aparência, mas cujo efeito é neutralizar a soberania popular, imunizando determinados processos decisórios ou instituições da influência dos diversos agentes sociais em conflito. Fica claro, portanto, que para identificar estes casos é necessário ir além do valor de face, ir além do texto das normas que justificam formalmente tais decisões e instituições. Para identificar casos de perversão do direito, é preciso investigar o sentido e os efeitos das normas jurídicas no processo de interação entre os agentes sociais pertinentes, como ficará claro nos casos discutidos adiante.

Importante esclarecer que utilizo a expressão “perversão do direito” para designar um “direito autocrático”, em contraposição a um “direito democrático”, cuja gênese é determinada pelos conflitos sociais. Para Franz Neumann, diga-se, *rule of law* seria o sinônimo para o meu “direito democrático” e “não-direito” para a ideia de um “direito autocrático”. Nessa ordem de razões, quando me refiro à perversão do direito, estou me referindo a estratégias de perversão da própria democracia, mas no que diz respeito à sua expressão em instituições formais. Vejamos.

A parte histórica de *O Império do Direito*⁹ de Franz Neumann procura mostrar que a tradição inglesa do *rule of law* ligou, historicamente e de forma necessária, a vontade da sociedade à criação de normas jurídicas. A tradição alemã, por outro lado, fala em “estado de direito” sem designar com esse

⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. "As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica". *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, v. 19, n.37, pp.99-124, 2016; RODRIGUEZ, José Rodrigo. "Luta por direitos, rebeliões e democracia no século XXI: algumas tarefas para a pesquisa em direito". Em: STRECK, Lênio L., ROCHA, Leonel. S. Rocha; ENGELMANN, Wilson (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Em razão de algumas confusões conceituais motivadas pela recepção dos dois textos citados acima, modifico aqui a nomenclatura da terceira figura de “falsa legalidade” para “legalidade discriminatória”.

⁸ idem, ibidem.

⁹ NEUMANN, Franz L. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013a; NEUMANN, Franz L. "O conceito de liberdade política". *Cadernos de Filosofia Alemã. Crítica e Modernidade*, v.22, pp. 107-154, 2013b.

termo uma relação necessária entre estado e sociedade. Para haver “estado de direito” basta que o poder se autolimite, padronize seu comportamento, mesmo que a origem das regras que fundamentam sua ação não seja a soberania popular.

A perversão do direito põe a democracia em questão pois neutraliza a vontade popular. Em uma democracia, na definição clássica de Rousseau¹⁰, obedecemos apenas às normas em relação às quais oferecemos nosso consentimento: trata-se de uma forma de viver em que, todos e todas somos, ao mesmo tempo, cidadãos e súditas. Para que um regime assim seja possível, como nos mostrou Franz Neumann, sociedade e estado devem permanecer em tensão. Esses dois âmbitos da vida social não podem coincidir nunca, mas devem se comunicar e afetar um ao outro permanentemente.¹¹

A necessidade de manter separadas sociedade e estado não aparece de forma tão clara na obra de Rousseau. Este autor parecia apostar, em vários momentos de *O Contrato Social*, na possibilidade de construir uma vontade social relativamente uniforme, capaz de resolver seus conflitos por meio da ideia homogeneizante de *vontade geral*. Nesse sentido, postular a necessidade de uma *vontade geral* pode resultar na eliminação da liberdade individual em favor do interesse do todo social, fazendo coincidir estado e sociedade.

Para evitar este desfecho, deixando completamente de lado a ideia de vontade geral, Franz Neumann afirma, logo na introdução de *O Império do Direito*¹² que seu interesse se volta ao contrato social como forma e não como conteúdo. Interessa a Neumann o contrato social visto como um mecanismo institucional, como um procedimento capaz de transformar os conflitos sociais, sempre presentes na sociedade, em uma “vontade social” instável, provisória, dessubstancializada, resultado de conflitos permanentes.

De acordo com este modo de pensar, o debate sobre democracia termina por se confundir, em grande parte, com o debate sobre a relação entre conflitos sociais e o desenho institucional do estado de direito, ou seja, com a discussão sobre qual deve ser a melhor maneira de desenhar as

¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Penguin/Companhia das Letras, 2011.

¹¹ NEUMANN, Franz L., *O Império do Direito...*

¹² idem, *ibidem*.

instituições democráticas para que cidadãos e cidadãs vejam sua vontade considerada pelas instituições formais e não se sintam alienados ou alienadas em relação a elas.¹³

Afinal, as instituições formais de um direito democrático exigem que as normas jurídicas sejam produzidas a partir do debate público e levem em conta os interesses de todos os agentes sociais. Para que este objetivo se efetive, será preciso desenhar tais instituições para que elas captem adequadamente a vontade dos diversos agentes sociais.

No lugar da vontade geral rousseauiana, portanto, Franz Neumann põe a *rule of law* ou o “direito democrático”, na terminologia deste texto, ou seja, um conjunto de instituições cuja função é, primeiro, constranger os detentores do poder político, econômico e social a justificarem e fundamentarem suas ações diante do todo social, regulado pelo direito posto e, segundo, expressar a vontade cambiante da sociedade em conflito.

Para realizar este ideal o estado de direito deve produzir uma série de *normas de comportamento* com a finalidade de estatuir o que cidadãos e cidadãs devem ou não devem, podem ou não podem fazer. Além disso, esta forma institucional produz *normas de competência* que regulam as funções do estado e podem autorizar a sociedade a criar suas próprias regras de comportamento dentro de certos limites, por exemplo por meio de contratos, cujos termos podem ser examinados pelo Judiciário em caso de violação de certas normas de interesse público, como regras sobre a capacidade dos agentes, a licitude do objeto, o respeito a limites ambientais, entre outros.

As normas de competência, diga-se, abrem a possibilidade de reconhecer a validade de verdadeiros ordenamentos jurídicos semiautônomos, paralelos ao direito estatal, como as normas produzidas por comunidades indígenas, mesmo diante de eventuais conflitos entre estas duas ordens normativas.¹⁴

¹³NEUMANN, Franz L. "O conceito de liberdade política". *Cadernos de Filosofia Alemã. Crítica e Modernidade*, v.22, pp. 107-154, 2013b.

¹⁴RODRIGUEZ, José Rodrigo. "Inverter o espelho: o direito ocidental em normatividades plurais", em: REIS, Rossana Rochas (org.). *Política de direitos humanos*. São Paulo: Editora Hucitec, 2010.

Mas é evidente que a democracia não se reduz ao estado de direito, visto como regulação do comportamento e autorização para a regulação social, a despeito de ter nele uma dimensão essencial de sua permanência em sociedades plurais e conflitivas. Com efeito, para Franz Neumann não haverá democracia se não houver garantias institucionais que realizem a separação e comunicação necessária entre estado e sociedade.

Também não haverá democracia se não experimentarmos uma situação de conflito social aberto sobre a distribuição da riqueza, sobre a distribuição de poder simbólico e de qualquer outro recurso de poder. Tal conflito exige que as normas de comportamento e as normas de competência, as quais institucionalizam os critérios de distribuição dos diversos recursos de poder, possam ser permanentemente discutidas e alteradas. Assim, toda figura de perversão do direito afronta a democracia por retirar do debate público a discussão sobre um determinado conjunto de normas e instituições com influência sobre a distribuição de poder.

A democracia pode ser vista, assim, com uma das respostas possíveis ao politeísmo de valores instaurado pela modernidade, na expressão de Max Weber. Trata-se de uma forma de sociabilidade capaz de lidar de forma pacífica com o pluralismo político, religioso e social, além de tender a fazer desaparecer a desigualdade econômica entre os diversos grupos sociais. Afinal, apenas em um regime democrático e sob um estado de direito, os diversos indivíduos e grupos podem perceber-se desfavorecidos e lutar por uma melhor distribuição de poder e reconhecimento social.

Ora, se as sociedades ocidentais fossem capazes de produzir um acordo geral sobre as regras que deveriam regular a dinâmica social, se todos partilhássemos dos mesmos valores morais e os mesmos princípios éticos, se estivéssemos todos satisfeitos com o modo como organizamos o trabalho e a distribuição de riqueza, não seria necessário viver sob um estado democrático de direito.

Em uma situação de consenso como esta, todo o comportamento social poderia ser julgado com fundamento em normas claras e incontroversas, sendo dispensável construir todo um aparato para fazer com que as normas

respondam à vontade social. Fácil é perceber que a democracia entra em crise, portanto, ao deixar de responder aos conflitos sociais, ou seja, ao perder a capacidade de produzir normas e instituições sempre renovadas, resultantes do conflito entre os diversos agentes sociais. A naturalização do direito e do estado em uma forma qualquer, portanto, é essencialmente antidemocrática.

Seis casos

Observações iniciais

Diante do que já foi dito no item anterior, fica clara a importância de pesquisar eventuais casos de perversão do direito, pois esta maneira de configurar as instituições formais corrói a legitimidade do regime democrático ao imunizar normas e instituições da influência da vontade dos cidadãos e cidadãs.

Como já dito, o estudo de uma eventual "crise da democracia", não pode ficar apenas restrita a questões macroscópicas, por exemplo, o mundo das eleições e dos partidos políticos. Como veremos, muitas vezes é na minúcia das instituições do estado de direito que a soberania popular perde seu poder e sua relevância para definir o conteúdo das normas que traçam os destinos da vida dos cidadãos e cidadãs.

Apresentarei a seguir alguns resultados de pesquisa recentes que ajudam a elucidar alguns mecanismos de perversão do direito. A despeito de tratarem de assuntos bastante diferentes, FIFA, CTN-BIO, política econômica, operações urbanas, sigilo fiscal e trabalho dos estagiários e estagiárias em Direito, as pesquisas evidenciam situações em que o estado de direito se fecha à influência da vontade popular. Além disso, todas elas ou foram orientadas por mim ou mantiveram um diálogo com minhas pesquisas no âmbito do Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP e do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da UNISINOS.

Importante observar que algumas das situações de perversão do direito que serão apresentadas em seguida podem ser descritas como

estratégias deliberadas para dar aparência jurídica a ações que procuram neutralizar os efeitos da soberania popular. Outras, de outra parte, consistem na naturalização de elementos estruturais das nossas sociedades capitalistas, por exemplo, a discussão sobre direito e política fiscal, sobre a FIFA e sobre os debates na CTNBio.

Nestes três casos, o direito é chamado a autenticar, chancelar, práticas que delimitam as fronteiras entre o possível e o impossível, entre o que podemos afirmar que seja a efetividade do mundo como se apresenta hoje e o que poderia ser um mundo diferente, uma outra realidade possível. Nestes casos, portanto, a perversão do direito revela todo o seu potencial conservador ao conferir ao que é a aparência de algo que deve ser, ou seja, a aparência de algo que “é o que é” por ser “de direito”. Tal uso do direito é uma estratégia evidente para tentar neutralizar qualquer ação transformadora, ao apresentar o mundo, que sabemos ser essencialmente mutável, como alguma coisa que deve ser como sempre foi.

É importante deixar claro que as análises apresentadas aqui são retratos de um determinado momento do funcionamento destas instituições, não a decretação de seu destino. Não é meu objetivo aqui afastar a possibilidade de que elas sejam progressivamente democratizadas ou sejam vítimas de regressões autárquicas. Serão expostos a seguir diagnósticos de uma determinada etapa da existência destas instituições com a finalidade de contribuir para o debate a respeito de seu desenvolvimento futuro.

Controvérsias Científicas na CTNBio

A dissertação de mestrado de José Renato Barcelos, “Controvérsias em Torno das Sementes e do Direito Fundamental à Proteção do Patrimônio Genético e Cultural”¹⁵, examinou uma série de decisões proferidas pela instância

¹⁵ BARCELOS, José Renato. *Controvérsias em Torno das Sementes e do Direito Fundamental à Proteção do Patrimônio Genético e Cultural*. Dissertação de Mestrado (mimeo), UNISINOS: São Leopoldo, 2016. A dissertação foi desenvolvida sob minha orientação no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Agradeço ao autor por ter produzido um resumo dos resultados de seu trabalho, o qual serviu de base para a redação desta parte do texto. Ressalto

responsável pela biossegurança no Brasil, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) nos pedidos de liberação comercial e organismos geneticamente modificados (OGM's).

O trabalho buscou identificar a racionalidade destas decisões, mais especificamente, quais foram os argumentos utilizados pelos participantes deste colegiado deliberativo, no qual predominam cientistas, mas também estão presentes representantes da sociedade civil. O objetivo do órgão, a princípio, seria, justamente, contemplar as mais diversas visões sobre a pesquisa genética de modo a produzir decisões representativas das controvérsias a respeito do assunto presentes na sociedade civil.

A pesquisa se concentrou nos *Pedidos de Aprovação Comercial de Plantas Geneticamente Modificadas Aprovadas para Comercialização* coletados no site da CTNBio (www.ctnbio.org.br) na internet, principalmente os pareceres técnicos dos relatores dos processos de pedidos de liberação comercial. Estes, concentram um conjunto de elementos essenciais para a pesquisa mencionada, inclusive aqueles que permitem o acesso à racionalidade por trás das decisões do colegiado. É importante notar que apenas nos pareceres foi possível encontrar argumentos sobre os casos apreciados pelo comitê: na ata das reuniões aparece apenas o resultado das votações.

Foram examinados pela pesquisa 163 (cento e sessenta e três) pareceres técnicos – de um universo total de 244 (duzentos e quarenta e quatro) – concernentes a pedidos de liberação comercial de OGM's em um total de 3 (três) culturas (milho, soja, feijão), de um universo total de 5 (cinco) culturas (milho, soja, feijão, algodão, eucalipto), disponibilizados na fonte de pesquisa. A escolha destas três culturas se explica pelo fato de que elas são responsáveis pela maior parte da base produtiva e econômica da agricultura

que o diálogo do trabalho com as categorias de análise de minha autoria não implica necessariamente na concordância de seu autor com os meus pressupostos teóricos. Esta última afirmação vale para todos os trabalhos citados daqui em diante, com exceção da dissertação de Daniel Zugman, que parece adotar expressamente o referencial teórico de minha autoria, tendo desenvolvido, inclusive, leituras autônomas da obra de Franz Neumann, autor que me serviu de inspiração.

familiar, das comunidades indígenas, das populações tradicionais, das comunidades quilombolas, dos assentados da reforma agrária, dentre outros.

A pesquisa mostrou que no período referencial de exame e coleta de dados foram submetidos e deferidos 45 (quarenta e cinco) pedidos de liberação comercial de OGMs à CTNBio. Tais decisões foram lideradas por 99 (noventa e nove) relatores diferentes e informadas pelos referidos pareceres.

Tratando-se de um órgão de composição plural, aparentemente desenhado para abarcar várias posições sobre o tema, era de se esperar que tivesse havido algum tipo de debate entre os representantes dos diversos segmentos sociais sobre os diversos aspectos da liberação para o comércio de OGMs. Não foi o que os dados coletados mostraram.

Em primeiro lugar, é muito difícil mensurar a racionalidade das decisões, que reúnem uma quantidade imensa de informação, tais como: pareceres técnicos ad hoc, artigos científicos, pesquisas estrangeiras, exame de casos, pareceres de relatores, publicações de variados tipos, dentre outros. Diante desse manancial de informação, não é fácil identificar quais foram os argumentos decisivos para a tomada de decisão.

Segundo, temas importantes para a sociedade, como a biossegurança, a conduta precaucionária e a análise e gestão de riscos foram levantados em várias ocasiões, mas foram barrados pela maioria dos cientistas, que forma um grupo majoritário o qual conduz as votações a seu bel-prazer. Tais argumentos foram sistematicamente considerados irrelevantes pelos cientistas e os representantes da sociedade, minoritários, com menos votos, acabam sempre vencidos.

O grupo dominante defende abertamente um modelo de ciência que privilegia a performance tecnológica, neste caso, a performance agronômica, em detrimento da adoção de uma conduta precaucionária centrada na biossegurança e na análise e gestão de riscos. No contexto da comissão, por ter maioria de votos, sua posição é sempre a vencedora.

Os pedidos de liberação comercial de OGM's que ingressam na CTNBio provenientes das empresas de biotecnologia foram 100% (cem por cento) aprovados, mesmo diante de denúncias sobre a falta de rigor de uma série de

estudos científicos que serviram de base para tais decisões ventiladas, por exemplo, pelos representantes da sociedade na comissão e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Não há debate ou busca de consenso na CTNBio, apenas a mera homologação generalizada e veloz dos pedidos de aprovação comercial de OGM's. O elemento decisivo para as decisões é o número de votos do grupo dominante: não se percebe da documentação levantada a existência de um debate efetivo entre os diversos componentes da comissão, o que pareceria ser a promessa encarnada na estruturação deste organismo.

Diante deste quadro, a pesquisa sugere que a CTNBio pode ser considerada uma zona de autarquia, uma das figuras da perversão do direito. Primeiro, como mostra a pesquisa, não há como identificar com precisão seus critérios decisórios e isolar com precisão os argumentos determinantes para a tomada de decisões. Segundo, a maioria que decide sempre da mesma forma, é composta por cientistas que compartilham de uma mesma visão de ciência e simplesmente desconsideram as opiniões contrárias, sem dar-se sequer ao trabalho de refutá-las com a utilização de argumentos.

Diante desse quadro, fica difícil compreender para que serve, ao menos nesse momento, a representação da sociedade civil na CTB-BIO, senão para fazer figuração à maioria. Ora, se a sociedade, por meio do legislador, considerou que as questões decididas por esta comissão seriam controversas a ponto de exigir a participação da sociedade civil, causa espécie que os argumentos veiculados por seus representantes não sejam sequer expressamente refutados em situação de debate.

Se estivéssemos diante de um organismo que se assumisse abertamente como estritamente técnico, poderíamos questionar esta decisão de base, tomada pelo legislador, e advogar sua eventual reforma, por exemplo, argumentando que há divergências científicas importantes na forma de abordar os casos ali decididos. Mas, nesta hipótese, não caberia falar em perversão do direito quanto ao funcionamento da comissão.

A perversão, no caso que estamos expondo, está em prometer expressamente o debate, admitindo assim a relevância da controvérsia e de

argumentos oriundos da sociedade civil, e frustrar tal promessa sistematicamente, ou seja, prometer publicamente democracia e entregar apenas autarquia.

A FIFA entre o direito e a força

A dissertação de mestrado de Tiago Silveira de Faria, “Lex Fifa: Autonomia e Poder de uma Ordem Jurídica Transnacional”¹⁶, estuda a normatividade da FIFA classificando-a como um regime jurídico transnacional, conceito de Gunther Teubner. Estes regimes caracterizam-se pelo fato de serem tematicamente especializados e reivindicarem validade para além das normas criadas pelos estados e pelos organismos de direito internacional público.

A dissertação mostra que a *lex* FIFA é um ordenamento jurídico-desportivo transnacional peculiar que tem elementos de *hard law* e de *soft law*. O trabalho sugere que a FIFA pode ser considerada o centro de uma espécie de “direito corporativo” por contar com uma entidade abrangente, formalmente estruturada para controlar seus membros e zelar pelos mecanismos de filiação e de desligamento da entidade.

A dissertação lembra que a FIFA convive hoje com uma crise sem precedentes, resultante da maximização de sua racionalidade sem politização ou legitimidade que se pretenda universal. Esta afirmação de autonomia sem controle, aparentemente, está contribuindo para o exercício arbitrário do poder pela entidade, fato que poderia ser classificado como uma forma de fuga do direito, a qual pode ser revertida pelos atuais acontecimentos, que giram em torno de uma investigação levada adiante pelo governo dos EUA, que não é estudada pela dissertação.¹⁷

¹⁶ FARIA, Tiago Silveira de. *Lex Fifa: Autonomia e Poder de uma Ordem Jurídica Transnacional*. Dissertação de Mestrado (mimeo), UNISINOS: São Leopoldo, 2016. A dissertação foi desenvolvida sob minha orientação no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Agradeço ao autor por ter produzido um resumo de seu trabalho, que serviu de base para a redação deste trecho do texto.

¹⁷ REEVEL, James. “Entenda o Escândalo de Corrupção na FIFA”, *BBC Brasil*, 27/05/2015, http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150527_entenda_fifa_lab.

O autor evoca fontes que sustentam que estes regimes jurídicos transnacionais tendem, de fato, a se tornarem totalitários, transformando-se em uma forma de dominação que reserva pouco espaço para a contestação ou para a oposição política. Esta tendência poderia ser revertida por uma eventual democratização destes mecanismos por meio da constitucionalização de direitos políticos e da descentralização do exercício do poder.

No entanto, continua a análise, a tentativa de intervenção estatal para politizar o subsistema desportivo ou para reparar a suposta perversão do direito - levada à cabo por entidades como a FIFA - tem muitas limitações. Por exemplo, ainda que o Tribunal Federal Suíço persista em assumir competência revisora ou rescisória das decisões proferidas pela mais alta corte arbitral esportiva mantida pela FIFA, as organizações desportivas transnacionais podem transferir suas sedes para países que admitam maior autonomia da *lex sportiva*.

A mobilidade das entidades jurídico-desportivas, seu poder de excluir Estados das competições ou torneios internacionais faz com que esta ordem jurídica transnacional seja soberana diante dos Estados. A fuga da jurisdição estatal visa proteger o subsistema. Afinal, as normas da FIFA sairiam enfraquecidas se pudessem ser examinadas pelas cortes judiciais estatais de duzentas e nove associações a ela filiadas.

Quando o confronto ocorre, a FIFA não entra na arena litigiosa estatal. Sua estratégia é exercer uma forte coerção sobre as partes litigantes ou terceiros beneficiados com a finalidade de fazer com que desistam da lide sob a ameaça de uma série de sanções desportivas. O conflito normativo entre o direito estatal e as normas da FIFA permanece no plano teórico, já que a tendência é que nenhum tribunal vá decidi-lo de fato.

A desistência do litígio, cuja natureza é dispositiva, deixa a jurisdição estatal de mãos atadas. Ainda que o juiz da causa pretenda dar continuidade ao processo, ele é obrigado a acatar a decisão da parte e homologar a desistência. A FIFA consegue exercer sua força mesmo em processos judiciais em que as partes integrantes não pertençam ao subsistema desportivo. Por exemplo, casos em que torcedores obtêm decisões judiciais favoráveis a seus

clubes e são pressionados por eles para desistirem das demandas em razão do medo de sofrerem retaliações pela entidade.

O Regime Jurídico da Política Fiscal

A dissertação de mestrado de Flávio Marques Prol, “Direito e Economia: Um Estudo do Regime Jurídico da Política Fiscal no Brasil”¹⁸, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, analisou os papéis exercidos pelo direito na definição da política fiscal brasileira. O regime jurídico da política fiscal é o conjunto de princípios e regras que disciplinam a gestão do gasto e do endividamento públicos. A pesquisa realizou uma análise das funções deste regime jurídico combinada com uma reflexão sobre o papel do direito para a legitimação social dos objetivos da política fiscal.

O trabalho argumenta o regime jurídico da política fiscal foi reformado na década de 1990 tendo em vista promover a agenda do ajuste fiscal e da sustentabilidade da dívida pública na gestão da política fiscal. Essa reforma implicou mudanças significativas em quatro âmbitos: prerrogativas fiscais foram centralizadas na União, em detrimento de estados e municípios; houve centralização do poder fiscal no Executivo, em relação ao Legislativo; foram instituídos limites legais à gestão da política fiscal, incluindo limitações com despesas com pessoal e com endividamento público; e foram criados novos mecanismos de transparência e prestação de contas da política fiscal.

Ao contrário do que normalmente se argumenta na literatura, que enfatiza os fatores domésticos que resultaram na reforma do regime, a pesquisa propôs uma interpretação que combinou fatores domésticos com influências internacionais na explicação das determinantes da reforma.

O último capítulo analisou os efeitos da implantação do novo regime jurídico para a política fiscal até o ano de 2014, os quais permitem perceber que, embora as regras e os princípios jurídicos tenham efetivamente reduzido

¹⁸ PROL, Flávio Marques. *Direito e Economia: Um Estudo do Regime Jurídico da Política Fiscal no Brasil*, Dissertação de Mestrado (mimeo), USP: São Paulo, 2014. Agradeço ao autor, com quem tenho debatido faz alguns anos no Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP, por fornecer um resumo de seu trabalho que me auxiliou na redação deste artigo.

a margem de manobra fiscal de estados e municípios, centralizado competências fiscais no Executivo e criado novos mecanismos de transparência e prestação de contas da política fiscal, é possível defender que ainda existia um considerável espaço de discricionariedade na definição e na gestão da política fiscal no âmbito do Poder Executivo federal, o que é contrário aos objetivos dos proponentes da reforma da década de 1990.

Justamente neste último capítulo, a pesquisa sugere uma aproximação com o conceito de fuga do direito. Ao analisar as tendências atuais de desenvolvimento institucional do regime jurídico da política fiscal, a pesquisa demonstra que atores que ficaram insatisfeitos com os resultados da política na década de 2000 apresentam hoje propostas que pretendem alterar os espaços institucionais que detêm poder para decidir sobre este tema.

A proposta, basicamente, é a de criação de organizações internacionais têm chamado de instituições fiscais independentes, ou seja, órgãos independentes dos poderes políticos tradicionais (Judiciário, Legislativo e Executivo), mas financiados publicamente, responsáveis pela fiscalização, análise e pela sugestão (em algumas propostas mais audaciosas, pela definição) da política fiscal.

Como se percebe, essa agenda de reforma institucional das finanças públicas envolve aspectos centrais de instituições políticas de qualquer estado democrático. O orçamento sempre representou um espaço de disputa política, democrática e jurídica por excelência. As decisões fiscais sobre quantos e quais projetos públicos deveriam ser financiados foram tradicionalmente interpretadas como sendo de competência do Legislativo e/ou do Executivo, geralmente por meio do orçamento.

O caso brasileiro mostra que a criação de regras fiscais para delimitar a discricionariedade dos responsáveis pelas decisões fiscais foi um primeiro momento relevante de reforma do regime jurídico da política fiscal e dessas instituições políticas. A criação de instituições fiscais independentes parece ser o segundo. A legitimidade democrática da gestão da política fiscal parece ser disputada justamente no contexto dessas reformas institucionais.

A política fiscal é legítima porque decidida politicamente e de acordo com regras democráticas tradicionais ou ela é legítima quando protegida dos próprios políticos que supostamente deveriam defini-la – e definidas de acordo com critérios supostamente técnicos a respeito da sustentabilidade prevista da dívida pública?

As Armadilhas Jurídicas do Direito à Cidade

A partir de sua dissertação de mestrado, "Direito e cidade: uma aproximação teórica", desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Bianca Tavorari¹⁹ tem refletido sobre a relação entre o direito e conflitos sociais que ocorrem nas cidades, uma área tradicionalmente estudada pela disciplina direito urbanístico.

Sua participação na observação de uma série de operações urbanas que tem ocorrido na cidade de São Paulo, publicadas sob a forma de textos de intervenção no site "ObservaSP" (<https://observasp.wordpress.com>), os quais certamente merecem uma reelaboração organizada e mais desenvolvida, traz exemplos interessantes para ilustrar algumas modalidades de perversão do direito.

O texto "Concessão dos baixos de viadutos: armadilhas jurídicas", escrito em parceria com Luanda Vannuchi²⁰, analisa, no calor da hora, uma concorrência pública para concessão de uso onerosa e requalificação das áreas do baixo do viaduto Júlio de Mesquita Filho e de seu entorno, no bairro do Bixiga, lançado no dia 28 de dezembro do ano passado pela Subprefeitura da Sé, na região central da cidade de São Paulo e já em processo de modificação, diante de seus imensos defeitos.

¹⁹ Agradeço à autora pela indicação de seus artigos que serviram de base para esta parte da exposição e pelo diálogo que mantemos, faz alguns anos, no Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP. Sua dissertação foi a seguinte: TAVOLARI, Bianca. *Direito e cidade: uma aproximação teórica*. Dissertação de Mestrado (mimeo), USP: São Paulo, 2015.

²⁰ TAVOLARI, Bianca; VANNUCHI, Luanda. "Concessão dos baixos de viadutos: armadilhas jurídicas", *Observa SP*, <https://observasp.wordpress.com/2016/02/18/concessao-dos-baixos-de-viadutos-armadilhas-juridicas/>, consultado em 23 de fevereiro de 2016.

Como explicam as autoras, "o edital foi uma surpresa para os grupos artísticos e pequenos comerciantes que já ocupam o espaço e que, apesar de manterem diálogo estreito com a Subprefeitura, sequer foram informados de sua elaboração". No dia 3 de fevereiro o edital foi apresentado em reunião convocada pela Subprefeitura por meio do seu site, a qual exigia confirmação antecipada dos participantes e controle de entrada no auditório.

Uma primeira observação é interessante aqui: a forma institucional escolhida para divulgar e debater os termos do edital não privilegiou a participação dos interessados e eventuais atingidos pela proposta, o que pode ser um indício de que esta operação teria como objetivo oculto excluir da participação neste processo entidades como o Teat(r)o Oficina, o Terreyro Coreográfico, a Rede Social Bela Vista, o movimento negro, escritórios de arquitetura, o Conseg Bela Vista e o Secovi; entidades que, a despeito da forma de divulgação escolhida, estiveram presentes na reunião ocorrida na Prefeitura.

Ora, ainda que tendo adotado uma forma jurídica livre de ilegalidades aparentes, a operação parece visar expulsar os atuais ocupantes da área, sem que se abra a eles a possibilidade de intervir sobre o processo ou propor um projeto próprio nos termos do edital. Tal impossibilidade fica mais clara quando as autoras examinam o edital e apontam o critério de maior preço como seu eixo estruturante: "este edital tem como finalidade de (sic) *escolher a proposta com o maior valor de investimentos privados*" (item 1.2.).

Como mostram as autoras, a qualidade do projeto, neste caso, não é um critério imprescindível para a sua apresentação e aprovação. É verdade que, como o próprio texto afirma, há um decreto municipal que regulamente a matéria, n. 48.378/2007, o qual afirma "Art. 12. O julgamento das propostas deverá ater-se ao critério de melhor contrapartida financeira para a área licitada, não podendo o uso pretendido pelo licitante, ou qualquer outro detalhe técnico, constituir-se em critério de classificação das propostas". No entanto, segue o texto, a lei federal que regula as licitações e formas de contratação, 8.666/1993, permite que se eleja os critérios de "melhor técnica" ou de "melhor técnica e preço" para contratar projetos de obras e engenharia

(art. 46). A lei de concessões públicas (Lei n. 8.987/1995), no mesmo sentido, prevê que os critérios de melhor proposta técnica possam ser aplicados nas licitações (art. 15).

Além disso, como explicam as autoras, o edital proíbe que empresas de pequeno porte e microempresas participem da licitação (item 5.3) com a justificativa de que elas não teriam condição de investir o mínimo de quase R\$13 milhões, também previsto no edital. No entanto, o documento permite que consórcios de até cinco empresas apresentem propostas (item 5.5.).

Ora, qual seria a justificativa para excluir pequenas e médias empresas da proposta, caso elas fossem capazes de formar um consórcio e prometer investimentos no valor pretendido pela Prefeitura? Mais um detalhe relevante: o edital exige que as empresas tenham experiência de gerenciamento de áreas equivalentes, de 11.500m² ou mais, de exploração de espaços comerciais, estacionamentos e banheiros públicos (item 8.3.1.).

Provavelmente apenas gestoras de *shopping centers* e grandes hotéis se encaixariam neste perfil, o que permitiria que as cinco das maiores controladoras de *shopping centers* atuantes em SP formassem um consórcio para ganhar o edital quase sem concorrência.

A proposta ainda está em debate, todas estas questões estão em aberto e podem ser revistas. Mas é interessante notar que, repito, independentemente das intenções explícitas da Prefeitura, o edital, na forma como está, pode ser considerado como um exemplo claro de falsa legalidade. Por meio de uma formulação jurídica aparentemente universal e genérica, o diploma legislativo visa provocar efeitos seletivos, sendo fácil identificar as pessoas que ficam sub-repticiamente excluídas da proposta e as pessoas que seriam possivelmente beneficiadas por nela

Quem já utiliza a área, por exemplo, o Café da Mara, um sacolão, uma pastelaria e um açougue, alguns em funcionamento ali há mais de vinte anos, poderiam ser expulsos da área, como está explícito no edital:

CLÁUSULA 40 – DOS ATUAIS COMERCIANTES: 40.1. À CONCESSIONÁRIA ficarão sub-rogados todos os direitos e obrigações decorrentes dos Termos de Permissão de Uso – TPU,

concedidos para o local a terceiros a partir da assinatura do presente CONTRATO, podendo optar:

I – pela manutenção dos Termos de Permissão de Uso – TPU, até seu prazo final ditado pelo concedente;

II – pela rescisão amigável dos Termos de Permissão de Uso – TPU, por meio de acordo com as partes contratadas; e

III – pela rescisão unilateral pelo PODER CONCEDENTE, caso os permissionários não observe o prescrito nos Decretos Municipais;

Quem vencer a licitação poderá, portanto, optar por rescindir amigavelmente ou unilateralmente as permissões dos atuais comerciantes da área. As autoras esclarecem que:

"A maioria destes questionamentos foi levantada publicamente na reunião do dia 3 de fevereiro. A falta de diálogo com a população antes do lançamento do edital, às vésperas do final do ano, e a relação direta entre valor pago pelo particular e o interesse público envolvido no projeto foram elementos criticados por vários dos presentes, tanto aqueles contrários ao modelo de concessão quanto os favoráveis."

Diante de uma série de respostas confusas por parte dos representantes da Prefeitura presentes na reunião, "o diretor de desenvolvimento da SP-Urbanismo, Gustavo Partezani, admitiu que o edital contém diversos problemas e que uma audiência pública seria convocada, após o carnaval, para rever pontos estruturais da proposta."

Os Critérios do Sigilo fiscal

Em sua dissertação de mestrado, "Processo de Concretização Normativa e Direito Tributário: Transparência, justificação e zonas de autarquia do sigilo fiscal", desenvolvida na Direito SP (Escola de Direito de São Paulo da FGV), Daniel Leib Zugman aplicou o conceito de zona de autarquia ao estudo do sigilo fiscal.²¹

²¹ ZUGMAN, Daniel Leib. *Processo de Concretização Normativa e Direito Tributário: Transparência, justificação e zonas de autarquia do sigilo fiscal*. Dissertação de Mestrado (mimeo), Direito SP-FGV: São Paulo, 2014.

Em suas conclusões, o autor constatou que "o termo 'sigilo fiscal' é utilizado de modo deveras convicto, para transmitir a impressão de que seria conceito dotado de contornos muito claros". No entanto, na realidade, sua concretização normativa não é passível de reconstrução em termos racionais,

Para começar, o Manual do Sigilo Fiscal, principal ato interpretativo da Receita Federal acerca do tema, não é disponibilizado ao público, a despeito deste manual conter a interpretação oficial praticada pelo principal órgão da Administração Tributária. O mestrado analisou 130 decisões da Receita sobre o assunto, as quais não desenvolvem argumentação alguma, limitando a citar o texto legal pertinente ao caso, o Art. 198 do Código Tributário.

Não foi possível, diz o autor, "identificar um conceito geral e abstrato que tenha sido utilizado em todos os atos analisados. Não se identificou a utilização de uma racionalidade lógico-formal, que procura deduzir de proposições gerais e abstratas, soluções para casos concretos".

O texto segue, mostrando que algumas autoridades recorrem a valores morais ou políticos para pôr de lado o texto do art. 198 sem a apresentação de argumentos sistematizados que justifiquem a utilização desses elementos. Além disso, os órgãos da Administração Tributária Federal divergem a respeito do tema.

Há discordâncias de três tipos: (i) entre órgãos distintos da Administração Tributária federal, em relação ao mesmo tipo de informação; (ii) entre entes federativos distintos, sobre a mesma informação; (iii) posições divergentes defendidas pelo mesmo órgão em momentos diferentes.

O autor defende que, para desfazer esta zona de autarquia no que diz respeito ao sigilo fiscal no Brasil, seria necessário dar publicidade aos atos de aplicação das normas para que o processo interpretativo pudesse ser publicamente controlado. A existência do sigilo, de acordo com o autor, já é sinal do potencial de transformação que a divulgação desses atos possui.

A transparência do processo de concretização das normas tributárias implica maior compartilhamento de expectativas entre os atores, realizando a derradeira função do sistema do direito: filtrar e organizar expectativas,

tornando inteligíveis as conexões intersubjetivas bem como os limites e objetivos da atuação estatal.

Estágio ou precarização?

O projeto de pesquisa “Luta por direitos: a paralisação dos estagiários e estagiárias do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de 2014”, desenvolvido no âmbito do Mestrado e da Iniciação Científica da Unisinos sob minha orientação, objetiva investigar causas e consequências da paralisação de estagiários ocorrida no final de 2014 no Rio Grande do Sul na luta por direitos da categoria.

No início do mês de novembro de 2014, estagiários e estagiárias vinculadas ao Tribunal receberam uma notícia por circular eletrônica: o recesso forense compreendido entre 20/12/2014 e 06/01/2015 não seria pago aos estagiários, a despeito de ser pago a todos os demais trabalhadores da Corte e contra a postura adotada no recesso anterior, quando houve pagamento integral.

Diante desse fato, estagiárias e estagiários mobilizaram-se e, paralisando suas atividades, promoveram atos públicos, chegando a protocolar requerimentos administrativos e impetrar um mandado de segurança contra o ato do TJRS. Depois das reiteradas negativas em rever a posição, a categoria foi se desmobilizando e seguiu com o sentimento de que tiveram seus direitos violados.

A condição socioeconômica peculiar de quem estagia impõe obstáculos e evidencia um caso de perversão do direito. Investigações preliminares realizadas no âmbito desta pesquisa, ainda em curso, mostram que, de acordo com a análise de Carlos Eduardo Pereira Siqueira, o TJRS teria tomado decisões que poderiam ser qualificadas como autárquicas. Vejamos.

Guy Standing²², ao analisar a organização social diante das contemporâneas estruturas econômicas, identifica modos de vida precários, estabelecendo algumas características do que chama “precariado”, enquanto classe inserida em relações de insegurança permanente, vulnerabilidade, flexibilidade e desagregação²³.

O precariado tem características de classe. Consiste em pessoas que têm relações de confiança mínima com o capital e o Estado, o que as torna completamente diferentes do assalariado. E ela não tem nenhuma das relações de contrato social do proletariado, por meio das quais as garantias de trabalho são fornecidas em troca de subordinação e eventual lealdade, o acordo tácito que serve de base para os Estados de bem-estar social.²⁴

Na prática, eles [os estágios] são usados por muitos empregadores como um meio de obter trabalho dispensável barato.²⁵

Os estágios são uma ameaça para os jovens que estão no precariado e em torno dele. Mesmo que haja um pagamento, os estagiários estão fazendo um trabalho barato sem perspectiva de progresso, que pressiona para baixo os salários e as oportunidades de outros que normalmente poderiam ser empregados.²⁶

O estágio é um vínculo precário de trabalho que dá acesso a poucos direitos. A Lei n. 11788/2008 afasta a atuação de estagiários e estagiárias do vínculo empregatício (art. 3º), o que desobriga aquele que é beneficiado com o trabalho quanto a deveres trabalhistas. Criam-se vínculos efêmeros entre as partes, dada a transitoriedade da relação (o art. 11 estipula o máximo de dois anos para o estágio), além de não ser garantido o pagamento de salário mínimo, décimo terceiro salário, verbas previdenciárias, dentre outros direitos laborais.

²² STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

²³ Não trataremos aqui das controvérsias sobre a caracterização do “precariado” como uma classe “para si” ou não: no Brasil, Ruy Braga (2012) levanta esta discussão, estabelecendo uma divergência com Guy Standing. Vamos nos limitar a tratar do precariado como o resultado da pressão econômica atual sobre os trabalhadores e trabalhadoras, a qual tem produzido modos de vida cuja precarização atinge níveis extremos.

²⁴ STANDING, Guy. *O precariado ...*, p. 25.

²⁵ Idem, p. 120.

²⁶ Idem, p. 122.

Para piorar, não há, ao menos no caso dos estagiários e estagiárias em direito no Rio Grande do Sul, associação coletiva da categoria. Estagiários e estagiárias estão submetidos ao poder de comando direto de seus superiores, havendo pouca organicidade quanto à dinâmica de trabalho no âmbito do TJRS, pois, especialmente nas Varas, cada magistrado possui um método de trabalho diferente, havendo Varas de tamanhos e perfis muito diferentes ao redor de todo o Estado.²⁷

É de se acrescentar que existem fortes indícios de que a mão-de-obra dos Tribunais está sendo substituída por estagiários e estagiárias. Entrevistas exploratórias realizadas com algumas das lideranças do movimento informam que muitas varas são compostas majoritariamente por trabalhadores e trabalhadoras desta espécie, havendo casos em que a saída de um servidor efetivo foi imediatamente substituída por contratação de estagiário.

No episódio que esta pesquisa está estudando, a “natureza” do liame serviu para justificar a exclusão da categoria do debate sobre as políticas de recursos humanos, além de “respaldar” tratamento discriminatório: apenas estagiários e estagiárias sofreram corte nos vencimentos por ocasião do recesso de fim de ano.

Corroborando a suspeita de substituição de mão-de-obra, deve-se considerar que, de acordo com dados publicados no sítio eletrônico do TJRS, 27,6% da força de trabalho da corte (primeiro e segundo graus) era formada por estagiários e estagiárias, considerando a quantidade total de magistrados (as), servidores (as) e estagiários (as). Apesar de o art. 17 da Lei n. 11788/2008, que regula o número máximo de estagiários por entidade, não se aplicar a estágio de nível superior (por previsão expressa do § 4º), é interessante perceber a repercussão da grande representatividade dos vínculos de estágio. Mesmo a doutrina mais tradicional considera que

A ideia do número máximo de estagiários tem por objetivo evitar a transformação de postos de trabalho em estágio para não ter

²⁷ Caso a análise seja expandida para o estágio em escritórios, parece razoável afirmar que tal organicidade irá se revelar menor ainda, diante das diferenças de perfil entre estes estabelecimentos e suas culturas de trabalho específicas.

vínculo trabalhista e diminuir encargos. Visa evitar que a empresa substitua mão de obra permanente por estagiários, com custo mais barato.²⁸

Essas considerações são importantes porque mostra como a especial posição subalternizada de estagiários e estagiárias está atrelada a obstáculos estruturais que de fato lhe foram impostos pela administração do TJRS. Poder-se-ia dizer que está havendo uma ampliação das zonas de autarquia, pois a regulação pública está cedendo espaço em favor da vontade unilateral do tribunal, aqui atuando como ente privado.

Boa parte da mão de obra que serve ao TJRS resta excluída do controle público via direito administrativo e está entregue ao âmbito do direito privado, *nota bene*, mesmo quando órgãos públicos são os interessados. Trabalhadores e trabalhadoras que deveriam exercer suas funções sob a proteção do direito público ficam sujeitos a um regime jurídico com menos direitos e sujeito a decisões unilaterais e arbitrárias por parte dos órgãos públicos.

Nessa condição, se adotarmos a compreensão de Neumann de que o Estado é constituído pela relação tensa e complexa entre soberania e Império do Direito²⁹, teria havido um desequilíbrio entre esses elementos para fazer preponderar o poder soberano sem controle social. Para o autor, “toda instituição é chamada soberana quando possui poder não delegado e ilimitado para emitir normas gerais e comandos (decisões) individuais”.³⁰

No exercício desse poder, modernamente se costuma dividir a atuação estatal em três funções básicas: legislativo, executivo e judiciário. Com isso, haveria mecanismos de controle com o objetivo de evitar o acúmulo de poder por um órgão ou pessoa, em especial a partir da formulação clássica de tripartição de poderes de Montesquieu. Porém, os magistrados que compõem o TJRS, sobretudo sua cúpula, no caso que estamos estudando, terminaram por exercer funções executivas, legislativas e judiciais em relação ao mesmo caso.

²⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 173.

²⁹ NEUMANN, Franz L. *O império do direito. Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013a, p. 38

³⁰ Idem, *ibidem*, p. 69.

Em primeiro lugar, editaram unilateralmente a norma aplicável ao pagamento da contraprestação do trabalho de estagiários durante o feriado de fim de ano. Criaram, por deliberação da “Comissão de Supervisão de Estágio”, o regulamento que estabelecia a paralisação da corte entre 20/12 e 06/01, prevendo o corte na bolsa de estágio.

Em um segundo momento, diante da provocação jurisdicional levada a cabo pela impetração do mandado de segurança pelos participantes do momento, o TJRS atuou como juiz do caso, ratificando em liminar (e, posteriormente, no acórdão transitado em julgado) a determinação regulamentar. No terceiro momento, promoveu auto-executoriamente a implementação das medidas, realizando a previsão abstrata do texto normativo no plano fático-social.

Diante desse acúmulo de funções no mesmo ente, o judiciário foi, na prática, instância revisora de seu próprio ato. Para questionar a conduta do tribunal, o mesmo tribunal foi provocado, marcando a presença excessiva do poder soberano e tímida do direito. Ainda segundo Neumann,

Em sentido *sociológico*, uma instituição é chamada soberana se possui não apenas direitos *jurídicos* desse tipo [poder não delegado e ilimitado], mas também se tem a habilidade para manter as normas e comandos emitidos por meio desses direitos. Portanto, num sentido sociológico de soberania está incluído um elemento tanto do direito quanto do poder.³¹

Mesmo que, na complexidade da relação entre soberania e império do direito, a atuação estatal tenha que ser revestida de juridicidade, o poder de subordinar pode apenas ter reflexo formal na legislação. Isso porque, em circunstâncias como a do MS em estudo, será jurídico aquilo que o tribunal assim o declara, sem possibilidade real de controle do ato pela sociedade ou por um outro poder qualquer.

³¹ NEUMANN, Franz L. *O império do direito. Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013a, p. 69.

Observações finais

Um dos papéis centrais da pesquisa jurídica crítica é vigiar o poder para cobrar-lhe justificativas³² e identificar os momentos em que ele tende a decidir autarquicamente, ocultando seus reais objetivos e excluindo a influência da sociedade. O pesquisador crítico, nesse sentido, visa a denunciar situações em que o estado de direito é evocado como uma forma sem correspondência à natureza da ação praticada, identificar espaços decisórios sem critérios racionais e movimentos que visam a evitar a influência dos conflitos sociais sobre a produção de normas.

Para identificar este tipo de situação, é preciso atentar para a minúcia institucional, ou seja, é preciso reconstruir o funcionamento das instituições em detalhes com a finalidade de identificar sua maneira de reagir ou tentar ficar imune à influência do debate público que expressa os conflitos presentes na sociedade. Esta forma de análise institucional tem sido levada adiante, principalmente, por uma série de pesquisadores e pesquisadoras em direito, como as citadas neste texto.

Realizar esta tarefa significa ir além do sentido literal do direito e buscar compreender seu significado no contexto no qual ele está sendo evocado tendo em vista os interesses, os efeitos e as ações dos diversos agentes sociais envolvidos nos conflitos com a utilização de metodologias de pesquisa variadas.

Independentemente de sua filiação ou não ao campo da Teoria Crítica ou à minha construção conceitual, todos os trabalhos mencionados aqui buscaram elucidar a racionalidade de uma série de instituições que exercem poder no interior do estado e fora dele ao comparar sua face mais visível, seus objetivos expressos na lei com a sua prática efetiva, reconstruída a partir de fontes de pesquisa diferentes.

Por exemplo, o estudo sobre a CTNBio comparou os objetivos expressos na lei a respeito da atuação desta instituição com a sua ação efetiva,

³² RODRIGUEZ, José Rodrigo. "A dogmática jurídica como controle do poder soberano: pesquisa empírica e Estado de Direito", In: RODRIGUEZ, J. R. ; PÜSCHEL, F. P., MACHADO, M. R. A.. *Dogmática é Conflito: Uma Visão Crítica da Racionalidade Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 75-88.

reconstruída especialmente a partir de pareceres técnicos, com a finalidade de mostrar como a prática deste organismo não realiza sua finalidade de debater racionalmente e com a participação da sociedade civil, autorizações de pesquisa sobre transgênicos.

No mesmo sentido, a pesquisa sobre sigilo fiscal mostra, de diversas maneiras diferentes, com a reconstituição de casos julgados e o exame de documentos públicos, como a justificação do sentido e limites do sigilo não pode ser reconstruída racionalmente, é sempre feita ad hoc e sem argumentos, como não seria de se esperar em um estado de direito.

Assim, como já dito, todas as análises expostas aqui oferecem bons exemplos do que eu chamo de *perversão do direito* em suas três modalidades, *fuga do direito, zona de autarquia e falsa legalidade* e propõem uma reflexão crítica sobre os critérios de justificação das decisões de organismos institucionais que evocam o estado de direito como critério de legitimação e sobre a sua eventual reforma no sentido da democratização de sua maneira de decidir.

Não se trata mais, fique claro, de determinar a racionalidade do direito, ou melhor, nos meus termos, seu caráter democrático ou autárquico, com fundamento em valores transcendentais, postos além do direito positivo, em um procedimento típico do jusnaturalismo que tende a naturalizar conteúdos e formas institucionais como expressão autêntica de um estado de direito democrático. Ao contrário, trata-se aqui de comparar as promessas feitas pelo estado de direito e suas instituições com a sua prática efetiva em diversos contextos e momentos, para alimentar com argumentos seu eventual aperfeiçoamento.

Em *O Império do Direito*, Franz Neumann distingue dois sentidos atribuídos ao Direito, o sentido político do direito e o sentido racional do direito. Em sentido político, direito é tudo aquilo que emana da vontade de um poder soberano qualquer, ou seja, um poder capaz de impor suas regras mesmo diante da vontade de cidadãos e cidadãs recalcitrantes. Já em sentido racional, o direito pode ser incompatível com certos comandos do soberano,

pois o que está em jogo aqui é seu caráter universal, ou seja, sua capacidade de responder aos interesses de todos os grupos sociais em conflito.

É evidente que alcançar a exata correspondência entre o direito e os anseios da sociedade é uma tarefa impossível e indesejável. Sempre haverá novos interesses sociais surgindo na esfera pública, sempre haverá novos grupos sociais surgindo e se organizando. Tentar fazer sociedade, estado e direito coincidirem, em um contexto como este, significa recorrer a modelos autoritários de dominação.

Posto isso, o papel da democracia e do pesquisador crítico é contribuir para diminuir a distância entre direito e sociedade ao identificar e dar voz aos interesses sociais que não estejam sendo levados em conta pelas instituições formais, zelando pela abertura e capacidade de resposta das instituições formais. É parte essencial desta tarefa a pesquisa e a identificação das figuras da perversão do direito em suas diversas modalidades, nos casos mencionados e em tantos outros que ainda podem vir a ser descobertos.

Referências Bibliográficas

BARCELOS, José Renato. *Controvérsias em Torno das Sementes e do Direito Fundamental à Proteção do Patrimônio Genético e Cultural*. Dissertação de Mestrado (mimeo), UNISINOS: São Leopoldo, 2016.

BRAGA, Ruy. *A política do precariado: do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo/Programa de Pós Graduação em Sociologia – USP, 2012.

FARIA, Tiago Silveira de. *Lex Fifa: Autonomia e Poder de uma Ordem Jurídica Transnacional*. Dissertação de Mestrado (mimeo), UNISINOS: São Leopoldo, 2016.

GOHN, Maria da Glória. *Manifestações de Julho de 2013 no Brasil e nas Praças dos Indignados no Mundo*. São Paulo: Vozes, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

NEUMANN, Franz L. *O império do direito. Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013a.

_____. "O conceito de liberdade política". *Cadernos de Filosofia Alemã. Crítica e Modernidade*, v.22, pp. 107-154, 2013b.

NOBRE, Marcos. *Imobilismo em Movimento: Da democratização ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

PROL, Flávio Marques. *Direito e Economia: Um Estudo do Regime Jurídico da Política Fiscal no Brasil*, Dissertação de Mestrado (mimeo), USP: São Paulo, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. "As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica". *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, v. 19, n.37, pp.99-124, 2016.

_____. "Luta por direitos, rebeliões e democracia no século XXI: algumas tarefas para a pesquisa em direito". Em: STRECK, Lênio L., ROCHA, Leonel. S. Rocha; ENGELMANN, Wilson (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. "A dogmática jurídica como controle do poder soberano: pesquisa empírica e Estado de Direito", In: RODRIGUEZ, J. R. ; PÜSCHEL, F. P., MACHADO, M. R. A.. *Dogmática é Conflito: Uma Visão Crítica da Racionalidade Jurídica*. São Paulo: Saraiva, pp. 75-88, 2012.

_____. "Inverter o espelho: o direito ocidental em normatividades plurais", em: REIS, Rossana Rochas (org.). *Política de direitos humanos*. São Paulo: Editora Hucitec, 2010.

_____. *Fuga do Direito: Um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Penguin/Companhia das Letras, 2011.

STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

TAVOLARI, Bianca. *Direito e cidade: uma aproximação teórica*. Dissertação de Mestrado (mimeo), USP: São Paulo, 2015.

TAVOLARI, Bianca; VANNUCHI, Luanda. "Concessão dos baixos de viadutos: armadilhas jurídicas", *Observa* SP, <https://observasp.wordpress.com/2016/02/18/concessao-dos-baixos-de-viadutos-armadilhas-juridicas/>, consultado em 23 de fevereiro de 2016.

TEUBNER, Gunther. "A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional", In: *Revista de Ciências Sociais e Humanas*, v. 14, n. 33. Piracicaba: Impulso/Unimep, 2003.

_____. Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

VARELLA, Marcelo D. *Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade*. Tese de Livre-Docência em Direito Internacional - USP. São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2015

ZUGMAN, Daniel Lieb. *Processo de Concretização Normativa e Direito Tributário: Transparência, justificação e zonas de autarquia do sigilo fiscal*. Dissertação de Mestrado (mimeo), Direito SP-FGV: São Paulo, 2014.

Sobre o autor:

José Rodrigo Rodriguez

Professor de Direito da UNISINOS (Graduação, Mestrado e Doutorado), Pesquisador Permanente do CEBRAP e Coordenador do Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP. Autor de "Fuga do Direito" (Saraiva), "À esquerda do Direito" (Alameda) e "Como decidem as cortes?" (FGV), este, ganhador do Prêmio Jabuti de melhor livro do ano. E-mail: jrodrigorodriguez@gmail.com

O autor é o único responsável pela redação do artigo.