

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Outubro-Dezembro/2003 – Ano 40 – N° 160



Burle Marx, tapeçaria, 1973. Acervo do Senado Federal.

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 40 • nº 160
outubro/dezembro – 2003

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Revista
de
Informação
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade
Presidente do Senado Federal – 1961-1967
Isaac Brown
Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967
Leyla Castello Branco Rangel
Diretora – 1964-1988

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (61) 311-4258. E-Mail: ssetec@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, Cláudia Moema de Medeiros Lemos

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Yuri G. B. Batista e Sérgio Souza Santos

REVISÃO DE PROVAS: Maria Vanessa Andrade Sampaio, Soraya Virgínia Damasceno
Fernandes, Viviane Guilhões Barros

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Saulo Santos Briseno e Anderson Gonçalves de Oliveira

CAPA: Renzo Viggiano

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. -
- Ano 1, n. 1 (mar. 1964) - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria
de Edições Técnicas, 1964-

v.

Trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº
11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-, nº 34-, publ. pela
Subsecretaria de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria
de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 40 · nº 160 · outubro/dezembro · 2003

Adhemar Ferreira Maciel	Algumas considerações sobre a Emenda Constitucional n. XIV e as minorias nos Estados Unidos 7
João Paulo M. Peixoto	Em busca do Estado ideal: um estudo sobre Cabo Verde, um <i>'pequeno'</i> Estado africano 29
Joanisval Brito Gonçalves	Os EUA e o Tribunal Penal Internacional 41
José Reinaldo de Lima Lopes	Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras 49
Eliacir Marques Pereira	Autonomia do Banco Central: subsídios para discussão 65
Regina M. P. Ribeiro do Valle	TV por assinatura e radiodifusão. A consolidação da legislação dos serviços de comunicação eletrônica de massa no Direito brasileiro 73
Pedro Braga	O sistema jurídico no Brasil Império: alguns problemas teóricos 95
Jarbas Maranhão	O conteúdo da Constituição. Constituição sintética ou analítica? 107
Manoel Jorge e Silva Neto	A proteção constitucional à liberdade religiosa 111
Frank Larrúbia Shih	Esse estranho chamado Seguro Ambiental 131
Paulo Vargas Groff	Modelos de parlamentarismo: inglês, alemão e francês 137
Anderson Pereira de Andrade	Violência doméstica contra crianças e adolescentes. Prevenção, repressão e proteção à vítima no âmbito brasileiro e latino-americano 147
Rubens Pinto Lyra	Prevenção e mediação de conflitos: a atuação dos conselhos e ouvidorias na área de segurança e de justiça 163
Ivan Lira de Carvalho	A tributação das operações realizadas por meio eletrônico 179
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto	Direito e neoliberalismo 191
Grupo de Estudos "A jurisdição constitucional e a democracia"	Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional 223

Giovanni Ettore Nanni	Dívida externa e princípios gerais do direito: uma visão do direito civil obrigacional 245
Marcio A. Carvalho	A influência de Hobbes, Locke e Rousseau na formação do Parlamento moderno 261
Ivan Luiz da Silva	Introdução aos princípios jurídicos 269
Gilberto Nardi Fonseca	A participação popular na administração pública. Audiências públicas na elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos dos municípios 291
Alexandre Miguel	Em busca do direito perdido: uma crítica ao direito natural e ao direito positivo 307
Otávio Augusto Buzar Perroni	Suspensão cautelar e cancelamento de registro de medicamentos: garantias constitucionais ao direito à saúde 317

Resenha Legislativa

(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)

Tiago Ivo Odon	Lavagem de dinheiro: os efeitos macroeconômicos e o bem jurídico tutelado 333
----------------	---

(artigos de contribuição da Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal)

Luís Otávio Barroso da Graça	Transparência no processo orçamentário 353
------------------------------	--

Algumas considerações sobre a Emenda Constitucional n. XIV e as minorias nos Estados Unidos

Adhemar Ferreira Maciel

Sumário

1. Introdução. 2. O caso *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967). Sentença que reflete a sociedade, mais do que o próprio juiz. Reversão na Suprema Corte. O voto de Earl Warren. 3. A Emenda Constitucional n. XIV (1868) integra materialmente o *Bill of Rights* (1791). 4. A elaboração de *The Articles of Confederation*. Sua pretensa “revisão” em 1787. A nova *Law of the Land*: sujeição dos juízes estaduais a tribunais federais. 5. A seção 1 da Emenda Constitucional n. XIV. A *dual citizenship*. 6. Violências contra o negro. O caso *Dred Scott v. Sanford*. 7. A cláusula “privilégios ou imunidades”. 8. A Emenda n. V e a Emenda n. XIV. Características do direito norte-americano: *case law*. Dificuldade de abstração em relação ao direito brasileiro. 9. A cláusula *due process of law*. Histórico. Evolução. A *substantive due process*. O caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986). O recente (2003) caso de *John G. Lawrence and Tyron Garner v. Texas*, no qual a Suprema Corte declara as *sodomy laws* violadoras das cláusulas do *due process* e da *equal protection*. 10. *Bill of Attainder*. 11. A *ex post facto-clause*. 12. A cláusula *equal protection*. O *quota system* nas universidades e no trabalho. Dificuldades. Exageros. O caso *United States v. Paradise*. Impasse na execução da sentença. O histórico caso de Homer Plessy. A doutrina falaciosa do Igual, mas Separado. O marco *Brown v. Board of Education*. A *de jure segregation* na Universidade do Mississippi. 13. Outros casos envolvendo questões raciais. *Korematsu v. United States*. Chineses e lavanderias. Tentativas legais de evitar-se o inter-relacionamento sexual entre negros e brancos.

Adhemar Ferreira Maciel é Consultor jurídico, ministro aposentado do STJ, antigo professor da Faculdade de Direito Milton Campos e da Universidade de Brasília.

1. Introdução

Em seu livro *Tempos interessantes*, HOBBS-BAWN (2002, p. 439) diz que desde sua fundação “os Estados Unidos têm sido objeto de atração e fascínio para o resto do mundo, porém também de difamação e desaprovação”. De minha parte, não consigo disfarçar meu fascínio pelos Estados Unidos, sobretudo por seu direito constitucional. Mesmo agora, depois do Onze de Setembro de 2001, quando se procura abalar os alicerces fincados pelos *Founding Fathers*, procuro ver na belicosidade e ganância americanas apenas uma situação passageira, emergencial. Para quem vem, ainda que modestamente e de longe, acompanhando a evolução dos direitos humanos nos Estados Unidos, não deixa de ser amargo ler notícias nos jornais de que também agora se está permitindo a prática de tortura em prisioneiros, em suspeitos, que nem mesmo os diplomatas da ONU se acham a salvo de violação de correspondência (*e-mail*) e escutas telefônicas. Mas é importante ter em conta que é a própria imprensa americana que veicula a notícia.

2. O caso *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967). Sentença que reflete a sociedade, mais do que o próprio juiz. Reversão na Suprema Corte. O voto de Earl Warren

Se um juiz nunca pode ser julgado por uma única sentença, ao reverso, uma sentença pode revelar mais do que o pensamento e o sentimento do juiz. Pode revelar o que pensa e sente uma sociedade inteira, ou pelo menos grande parte dela. No caso, a sociedade é a da Virgínia, nos Estados Unidos. O fato se deu em 1958, com o casamento entre Mildred Jeter, uma negra, e Richard Loving, um branco, no Distrito Federal (*District of Columbia*). O casal, após as bodas, voltou para a Virgínia, que, à semelhança de quinze outros Estados, então vedava matrimônio inter-racial. O dispositivo legal, com a

rubrica “Punição em razão de Casamento” (*Punishment for Marriage*), dizia:

“Se alguém se casar com uma pessoa de cor, ou alguém de cor se casar com uma pessoa branca, esse alguém cometerá *felony*, e será punido com prisão em penitenciária por não menos de um, e não mais de cinco anos”¹.

O órgão judicante de primeiro grau considerou que o casamento se dera fora do Estado da Virgínia para burlar a lei. Marido e mulher foram condenados a um ano de prisão. A execução da sentença, todavia, foi suspensa sob a condição de que os condenados ficassem fora do Estado durante 25 anos...

Vamos transcrever excerto da sentença, que sob o tegumento da ignorância e sofisma, revela a profundidade do ódio racial:

“O Todo Poderoso criou as raças branca, negra, amarela, malaia e vermelha, e as colocou em continentes separados². Em decorrência disso, não deveria haver tais casamentos. Pelo fato de haver Ele (Deus) separado as raças, mostra que era sua intenção não deixar que as raças se misturassem”³.

O marido apelou. O tribunal de apelação, ao negar provimento ao recurso, entendeu que a lei era constitucional, pois tratava negros e brancos de modo igual. Na Suprema Corte, o *chief justice* Warren, que falou pelo colegiado, após sublinhar que a decisão violara as cláusulas do *due process* e da *equal protection of laws*, invocou uma série de decisões anteriores, arrematando:

“A liberdade de casar-se já foi há muito reconhecida como um dos direitos individuais vitais, essenciais na busca pacífica da felicidade para os homens livres. (...) Negar esse direito fundamental com arrimo em tão insuportável base como as classificações raciais, incorporadas nessas leis, classificações tão diretamente subversivas do princípio da igualdade (existente) no âmago da Emenda n. 14, é, por certo, privar todos os cidadãos dos Estados de liberdade sem o devido pro-

cesso legal. A Emenda n. 14 exige que a livre liberdade de escolha para se casar não seja restringida por discriminações raciais odiosas. Sob nossa Constituição, a liberdade de casar-se, ou não se casar, com uma pessoa de outra raça está no (próprio) indivíduo, e não pode ser infringida pelo Estado” [Loving v. Virginia, 388 U. S. 1 (1967)].

Casos como o de Mildred/Richard se contam a mancheias. Veremos um ou outro, todos relacionados com a Emenda Constitucional n. XIV.

3. *A Emenda Constitucional n. XIV (1868) integra materialmente o Bill of Rights (1791)*

Ainda que o Poder Judiciário norte-americano, em sua longa e riquíssima história⁴, tenha muitas vezes decidido contra a *Law of the Land*, ou seja, contra a Constituição, as leis federais e os tratados assinados pelo governo, sobretudo no concernente às minorias raciais, não se lhe pode deixar de creditar grandes decisões, que engrandecem os juízes de todo o mundo, proferidas na proteção dos mais desvalidos. Como as decisões do judiciário refletem um momento da sociedade, veremos a evolução (e às vezes involução) da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos no pertinente às cláusulas do “devido processo legal” e da “igualdade perante as leis”.

Em 9 de julho de 1868 foi ratificada a Emenda n. XIV à Constituição dos Estados Unidos (1787). Essa Emenda foi fruto da Guerra da Secessão (*Civil War* ou *War Between the States*)⁵.

Sob o ponto de vista material, como já se falou, a Emenda n. XIV integra o *Bill of Rights*, ratificado quase setenta e sete anos antes. Seu escopo já não era mais a “supremacia do governo federal” em relação aos governos estaduais, “mas a proteção dos indivíduos no gozo dos direitos e imunidades garantidas a eles pela Constituição Federal” (WILLOUGHBY, 1938, p. 145). Em decor-

rência, a Emenda n. XIV abriu aos tribunais federais a possibilidade de controlar atos de autoridades estaduais no concernente aos “privilégios ou imunidades” dos cidadãos dos Estados Unidos, bem como ao “devido processo legal” e à “igual proteção perante as leis” (WILLOUGHBY, 1938, p. 147). É de capital importância que nos detenhamos nesse pormenor: adequação de atos de autoridades estaduais à nova ordem jurídica então instituída no país.

4. *A elaboração de The Articles of Confederation. Sua pretensa “revisão” em 1787. A nova Law of the Land: sujeição dos juízes estaduais a tribunais federais*

Uma pitada de história da criação da Nação norte-americana se faz indispensável. Em 11 de junho de 1776, uma assembléia formada por revolucionários (*First Continental Congress*) nomeou uma comissão para elaborar documento – *The Articles of Confederation* – que seria a base de uma *Confederacy*, os “Estados Unidos da América” (art. I)⁶. Coube a John Dickinson (1732-1808), delegado da Pensilvânia e Delaware (BOUMAN, 2003), fazer o esboço do documento que foi adotado, com poucas modificações, em 15 de novembro de 1777 (cf. COMMAGER, 1958, p. 111). Cada uma das antigas Colônias inglesas do Novo Mundo, desde 1776, por assim dizer, já constituía um Estado soberano. Com o correr do tempo, verificou-se que o pacto firmado entre os Estados confederados era insuficiente para resolver inúmeros interesses dos participantes, que temiam a cobiça de nações belicosas como a própria Grã-Bretanha, França, Espanha e Rússia. Em 25 de maio de 1787, uma assembléia (*Convention*) se reuniu na Filadélfia para fazer a “revisão” de “Os Artigos da Confederação”. No lugar da proposta “revisão”, saiu documento novo: a Constituição. A nova *Law of the Land* passou, então, a ser, como já se falou, a Constituição adotada, as leis federais e os tratados

assinados pelo governo federal. Os juízes, que antes estavam presos às leis de seus respectivos Estados, ficaram obrigados à nova ordem. Daí a importância da Emenda n. XIV, como se ressaltou por mais de uma vez.

A preocupação da Emenda n. XIV, no fundo, estava centrada nas minorias raciais⁷, em especial no negro (cf. PARENTI, 1983, p. 309) que, em vários Estados-Membros, não podia viajar nos mesmos vagões que os brancos, freqüentar as mesmas escolas, hospedar-se nos mesmos hotéis, participar de júri popular, ocupar determinados cargos públicos, morar nos mesmos quarteirões habitados por brancos etc.

Com fulcro na Emenda n. XIV, o Congresso, em 1875, aprovou uma lei de direitos humanos (*Civil Rights Act*)⁸, estabelecendo penalidades para as autoridades que privassem as pessoas de seus direitos e liberdades. A importância dessa lei infraconstitucional estava no fato de o Congresso estabelecer, de modo concreto e objetivo, tipos penais, ensejando o ajuizamento de ações judiciais para sustentação dos direitos reconhecidos nas cláusulas constitucionais (cf. WILLOUGHBY, 1938, p. 146). Lamentavelmente, como aconteceu por mais de uma vez, a Suprema Corte estava no seu papel político⁹ de dificultar o acesso à cidadania pelos menos favorecidos, como negros, cules chineses, *chicanos* e mulheres: teve diversos dispositivos da *Civil Rights Act* como inconstitucionais: entendeu que não cabia ao Congresso definir direitos civis e muito menos estabelecer penalidades para infratores estaduais. Foi uma série de julgados que recebeu *in globo* a denominação de *Civil Rights Cases*¹⁰.

5. A seção 1 da Emenda Constitucional n. XIV. A dual citizenship

A seção 1 da Emenda, que nos interessa de perto, diz:

“1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e

sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver em residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis” (ALENCAR; CERQUEIRA, 1987, p. 430)¹¹.

Uma primeira observação é quanto ao conceito de “cidadão”, uma vez que o texto fala em “cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência”. A *dual citizenship* (dupla cidadania) na atualidade tem valor praticamente histórico. Com exceção da Carta de William Penn¹², as demais *Charters* das colônias inglesas do Novo Mundo continham dispositivos reconhecendo que os habitantes das colônias e seus descendentes eram súditos ingleses (cf. FERGUSON; McHENRY, 1950, p. 175).

Como já notamos, com a Independência, cada colônia se transformou num Estado soberano. Não havia, pois, uma “cidadania nacional”, como aconteceu no Brasil (Estado unitário). Com a instituição de um novo Estado – o Estado federal –, preservou-se a cidadania antiga (estadual), sem prejuízo da nova cidadania (nacional). Fenômeno semelhante pode ser observado na Suíça: cada *Kantonsbürger* é, simultaneamente, um *schweizer Bürger* (cidadão suíço)¹³.

6. Violências contra o negro. O caso Dred Scott v. Sanford

Antes do advento da Emenda n. XIV, havia muita discussão violenta para saber se o negro alforriado poderia ser considerado “cidadão” em outro Estado-Membro (cf. COOLEY, 1931, p. 315 e seg.). Notável – e lamentável¹⁴ – foi a decisão da Suprema Corte no caso *Dred Scott v. Sanford*, 19 How. 393 (1857), que bem refletiu o *mainstream* da

época¹⁵. É comezinho, muitos dos fundadores da Nação norte-americana eram grandes proprietários de escravos, a começar por George Washington, James Madison e John Rutledge (cf. CHEMERINSKY, 1997, p. 547).

Dred Scott era escravo de um cirurgião militar (John Emerson) no Estado do Missouri, que reconhecia a instituição da escravidão¹⁶. O militar foi servir no Forte Snelling, que ficava em Território novo (hoje corresponde ao Estado de Minnesota), onde o Congresso proibira a escravidão. Levou consigo seu escravo, que se considerou livre. Após lhe ter sido negada a alforria por seu amo, Scott entrou com uma ação judicial. Perdeu. Seu caso foi parar na Suprema Corte, que decidiu que o Congresso não tinha poderes para impedir a escravatura, mesmo naqueles Territórios incorporados à União. Por outro lado, o autor da ação, por ser “uma pessoa de cor da raça africana” (*a colored person of the African race*), não tinha legitimidade ativa, pois não fazia parte do “povo dos Estados Unidos”, não sendo, portanto, “cidadão” americano. Logo, não tinha legitimidade para ajuizar ações em tribunais dos Estados Unidos [...] *bring suits in the courts of the United States*]. A Corte concluiu que os Estados tinham competência para dar cidadania a qualquer pessoa, “mas eles não podiam transformar o adquirente de tal *status* num cidadão dos Estados Unidos” (FINDLAW, 2003).

A Emenda n. XIV, com o correr do tempo, veio pôr cobro a decisões vergonhosas e abjetas como essa. Grupos de pressão passaram a exigir maior ativismo da Corte. Aliás, como em todo governo verdadeiramente representativo, grupos minoritários pressionam, eleitoral ou extra-eleitoralmente, os poderes da República.

7. A cláusula “privilégios ou imunidades”

A segunda observação vem para a cláusula “privilégios ou imunidades” (*privileges or immunities*). A Emenda, como se viu da transcrição acima, fala que “nenhum Esta-

do poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos”. A expressão “privilégios ou imunidades” não era novidade, pois já constava da seção 2 do art. IV da Constituição: *The Citizens of each State shall be entitled to all Privileges and Immunities of Citizens in the several States*. Aliás, como se observou em *In Re Slaughter-House Cases*, 83 U. S. 36 (1872), a cláusula já vinha do art. IV dos *Articles of Confederation* (1777): “(...) aos povos dos diversos estados da união..., aos habitantes livres de cada um desses estados, com exceção dos mendigos, vagabundos ou fugitivos da Justiça, serão conferidos todos os privilégios e imunidades de cidadãos livres dos diversos estados”¹⁷.

Mais de um século depois do advento da Emenda n. XIV, em *Baldwin v. Montana*¹⁸, a Suprema Corte reconheceu que “os contornos (da cláusula) não estão (ainda) bem delineados”. É certo que, em 1823, em *Corfield v. Coryell*¹⁹, o *justice* Bushrod Washington tentou – e não foi lá muito preciso – conceituar a cláusula “privilégios ou imunidades”, dizendo que ela garantia interesses na proteção, por parte do governo, da vida e liberdade dos cidadãos na busca da felicidade e segurança (cf. CHEMERINSKY, 1997, p. 352). O mesmo diapasão foi repetido, em circunstâncias outras, em *Paul v. Virginia*, 75 (8 Wall.) 168, 180 (1869): a cláusula constitucional permite que um cidadão de um Estado saia e entre em outro “na aquisição e gozo da propriedade e busca da felicidade” [...] *in the acquisition and enjoyment of property and in the pursuit of happiness*]²⁰.

Em resumo, o que se quis com a cláusula “privilégios ou imunidades” foi dar um tratamento isonômico entre naturais-do-Estado (*in-staters*) em relação aos não-naturais-do-Estado (*out-of-staters*) no pertinente aos direitos civis e a atividades econômicas. Com base nesse entendimento, a Suprema Corte decidiu no caso *Doe v. Bolton*, 410 U. S. 179, 200 (1973), conexo (*companion case*) com o famoso *Roe v. Wade*²¹, que a mulher não teria que ser residente no Estado (Geór-

gia) para poder ali se submeter a aborto. A cláusula “privilégios ou imunidades” – disse a Corte –

“protege as pessoas que ingressam na Geórgia para exercer seu negócio; assim deve ela (também) proteger as pessoas que entram na Geórgia em busca de serviços médicos que lá se acham disponíveis. Um entendimento contrário significaria que um Estado poderia limitar a seus próprios residentes os serviços médicos gerais disponíveis dentro de suas fronteiras”.

8. A Emenda n. V e a Emenda n.

XIV. Características do direito

norte-americano: case law.

Dificuldade de abstração em relação ao direito brasileiro

A seção 1 da Emenda n. XIV, como se viu da transcrição do texto, fala que:

“Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”.

A Emenda n. V, que faz parte do *Bill of Rights*, já rezava:

“ninguém poderá ser (...); nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização” (ALENCAR; CERQUEIRA, 1987) (*No person shall (...); nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation*).

A Emenda n. XIV, como é fácil no confronto com a Emenda n. V, foi destinada aos Estados.

A Emenda em comento (XIV) fala em “pessoa”. O direito anglo-americano tem

maior dificuldade em fazer abstrações do que o direito brasileiro, que pertence à família romano-germânica. Em *Louisville, Cincinnati and Charleston R. Co v. Letson*, 2 Howard 497 (1844), a Corte usou caminhos transversos para dizer que uma “corporation is to be treated as if it were a citizen of the state in which it is incorporated” (MAYERS, 1955, p. 24)²².

O direito norte-americano é um direito judicial (*case law*). É direito edificado com base nos precedentes. O juiz, ao julgar um caso concreto, procura valer-se da *ratio decidendi* de outro julgamento, que constitui a *legal rule* a ser seguida por ele. Muitas vezes, aproveita até mesmo o que foi expresso *obiter dictum*, isto é, incidentalmente e sem “efeito vinculante” (*binding effect*). Daí utilizar-se de raciocínio indutivo. Nosso direito é legal. Não precisa passar pelo crivo do Judiciário para se firmar (*enforcement*). O caminho lógico utilizado por nosso magistrado já é outro: é dedutivo. O juiz, primeiro, examina as leis (a começar pela Constituição) para “aplicá-las” ao caso concreto, ainda que possa reforçar sua fundamentação com a jurisprudência de tribunais e doutrina²³. O juiz americano, ao reverso, ainda que possa partir da lei escrita (*statute*), procura descobrir em tribunais superiores o que foi firmado em casos que guardam similitude com o seu. Lá, há mais preocupação com a segurança jurídica do que aqui, daí o valor do precedente. Por outro lado, no Brasil, a doutrina, que está mais próxima da justiça, tem mais relevância do que nos Estados Unidos. Ademais, o direito anglo-americano²⁴ não tem, como o nosso, maiores preocupações com a terminologia científica (cf. GUTTERIDGE, 1954, p. 182), com as construções dos conceitos jurídicos. Tudo isso acaba por repercutir na capacidade de abstração. Uma consequência prática pode ser logo apontada: nos Estados Unidos, muitos dos rotulados “códigos”, como se dá com o U.S.C.A. (*United States Code Annotated*), não passam de “compilações de leis” para nós, em que a legislação não está arranjada de modo siste-

mático e racional, mas pela ordem alfabética de assuntos (DAVID, 1966, p. 457)²⁵.

9. *A cláusula due process of law. Histórico. Evolução.* A substantive due process. *O caso Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986). O recente (2003) caso de John G. Lawrence and Tyron Garner v. Texas, no qual a Suprema Corte declara as sodomy laws violadoras das cláusulas do due process e da equal protection*

Vamos enfocar, ainda que de modo rápido, a cláusula do devido processo legal²⁶. A *due process-clause*, que já constava da Emenda n. V, foi bem esmiuçada por Edward Coke e por John Locke. Trata-se, seguramente, de uma das mais importantes proteções ao cidadão. Thomas M. COOLEY (1931, p. 279) ressalta que essa cláusula foi utilizada não só para explicar os termos “vida”, “liberdade” e “propriedade”, mas também para expandi-los contra legislação opressiva e desarrazoada. A cláusula não ficou confinada ao mundo inglês ou americano. Mundializou-se. Desde nossa primeira Constituição republicana (1891), já era utilizada, ainda que escassamente, por nossos juízes. A Constituição de 1988 a consagrou expressamente, dizendo no inciso LIV do art. 5º que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Coke, ao comentar o capítulo 39 da Magna Carta, escrita em latim, mostrou que a expressão *per legem terrae*, ali inserida, remontava ao reinado de Edward III, e era equivalente ao *due process of law*. Se no início a cláusula era encarada como de cunho puramente processual (garantia), evoluiu para proteger também direitos materiais. É a denominada *substantive due process*. (cf. WILLOUGHBY, 1938, p. 726). Autores há, como John Hart ELY (apud CHEMERINSKY, 1997, p. 421), que afirmam que se falar em *substantive due process* é uma verdadeira con-

tradição em termos. *Due process* só pode ter – dizem os partidários dessa corrente – conotação processual. Mas o fato é que a maioria dos autores, com arrimo na jurisprudência consolidada da Suprema Corte americana, tem o *substantive due process* como um dos esteios dos direitos e garantias individuais. A *substantive due process-clause* implica, nesta perspectiva, a necessidade de o poder público ter que justificar, mostrar a razoabilidade da subtração da vida, da liberdade ou da propriedade de alguém. “O *substantive due process* cura da existência de justificação suficiente para o ato de governo”²⁷.

O *justice* Harlan procurou mostrar em *Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 540, 541 (1961)*, que a cláusula, caso fosse tomada só como garantia processual, seria ineficaz na defesa contra leis que pusessem em risco a vida, a liberdade e a propriedade do indivíduo. Sintetizou, invocando *Hurtado v. California*:

“Assim, as garantias do devido processo, embora tendo suas raízes no *per legem terrae* da Magna Carta e considerada como salvaguardas processuais contra a usurpação e tirania, também se transformaram neste país numa (verdadeira) barreira contra a legislação arbitrária”.

Na área administrativa, a Suprema Corte não tem sido muito rigorosa com a aplicação da cláusula do devido processo legal²⁸. Admite que se contorne a regra do *audiatur et altera pars*, pelo menos quando se trata de início do processo administrativo²⁹. Em se tratando de direitos constitucionais, as decisões das *administrative agencies* ou mesmo da administração direta (*executive officers*) podem ser atacadas por meio de procedimentos judiciais.

No tocante à revisão judicial de questões decididas por tribunais militares, há divergência na Corte. Em *In Re Yamashita, 327 U.S. 1 (1946)*, julgado em plena Segunda Guerra Mundial, a Suprema Corte não conheceu, ainda que por votação divergente, de pedido de *certiorari*. Também indeferiu ordens de *habeas-corpus* para revisão de julgado

militar, que condenara um japonês por crime de guerra. O mesmo tornou a repetir-se em *Johnson v. Eisentrager*, 339 U. S. 763 (1950), com votos vencidos de Douglas, Black e Burton. Em *Burns v. Wilson*, 345 U.S. 137, 140, 141, 146, 147, 148, 150, 153 (1953), a Corte denegou pedido de revisão de julgamento feito por tribunal militar da Ilha de Guam, no qual se alegava violação de direitos fundamentais.

A partir da década de 1960, a liberdade sexual atingiu seu ápice. Homens e mulheres, que até então se mantinham escondidos em seus bastidores, presos a seus tabus e costumes de milhões de anos, soltaram-se. Passaram a reivindicar o direito de ser diferente da maioria em matéria de comportamento sexual. Em 1982, na cidade de Atlanta, Michael Hardwick foi (pego, substituir por apanhado???) pela polícia *nudus cum nudo in eodem lecto*. Pela lei da Geórgia³⁰, cometera o crime de sodomia. Foi preso e humilhado. Alegando violação das Emendas Constitucionais IX e XIV (*due process of law*), Hardwick entrou com uma ação. Perdeu em primeiro grau. Ganhou no segundo. Bowers, procurador-geral do Estado, logrou obter *certiorari* na Suprema Corte. Por maioria apertada, a Corte teve a lei como constitucionalmente válida. O advogado de Hardwick foi o conceituado professor Laurence Tribe, que afirmou que a única razão encontrada pela Corte para manter a constitucionalidade da lei fora o fato de os legisladores estaduais terem entendido, por maioria, que praticar sodomia ofendia a moral pública. Ironicamente, arrematou:

“Por conseguinte, a questão relevante não é o que Michael Hardwick estava fazendo na privacidade de seu próprio quarto de dormir, mas o que o Estado da Geórgia estava fazendo lá”³¹.

Por causa da importância do caso, diversas entidades representativas, como a *Catholic League for Religious and Civil Rights*, a *Lesbian Rights Project* e a *National Gay Rights Advocates*, foram admitidas como *amici curiae*. Pelo Colegiado, falou o *justice*

White. Houve votos lavrados em apartado. Muita notícia histórica veio a furo. Burger mesmo lembrou, em seu voto, que na Inglaterra desde Henrique VIII existia lei incriminando a sodomia. Na Geórgia, formalmente a figura típica apareceu em 1816, com reiteraões posteriores (1984). Chegou-se a invocar, para manutenção da constitucionalidade da lei georgiana, a consagração do crime pelo *common law*, o que ia de encontro às conquistas do direito penal moderno. Votaram com White, Burger, Powell, Rehnquist e O’Connor. Divergiram: Blackmun, Brennan, Marshall e Stevens. O voto de Stevens foi primoroso. Ele soube apanhar o Ministério Público da Geórgia, recorrente de *certiorari*, nas malhas da *equal protection of laws*: se não havia crime de sodomia em relação heterossexual de casados, por que haveria entre solteiros do mesmo sexo? BLACKMUN (apud TRIBE, 1988, p. 1425), ao consignar seu voto divergente, lembrou que

“(...) o direito de as pessoas se acharem seguras em seus lares, expressamente garantido pela Emenda n. quatro, é talvez o mais textual das diversas provisões constitucionais que embasam nosso entendimento de direito de privacidade”.

Agora, em junho de 2003, as denominadas *sodomy laws* foram declaradas inconstitucionais. O fato se repetiu no condado de Harris, no Texas: John G. Lawrence e Tyron Garner foram flagrados em sodomia pela polícia de Houston. Condenados por um *justice of the peace*, requereram um *de novo*. Foram novamente condenados. Apelaram. Não lograram melhor sorte. Entraram com pedido de *certiorari*, que foi admitido no final de 2002. No histórico julgamento de 26 de junho de 2003, a Suprema Corte derrubou o entendimento firmado anteriormente (*Bowers v. Hardwick*). *Justice* Kennedy falou pela maioria. Ficaram vencidos Scalia, Rehnquist e Thomas. Houve alguns votos lavrados em apartado. Anthony Kennedy, em seu voto, frisou que “o Estado não pode rebaixar suas existências (dos recorrentes)

ou controlar seus destinos, transformando suas condutas sexuais privadas em crime”.

10. Bill of Attainder

Por causa de suas ligações íntimas com a cláusula do devido processo legal, vamos fazer rápidas considerações sobre duas outras cláusulas que se acham engastadas nas seções 9 e 10 do art. I da Constituição: *bill of attainder* e *ex post facto law*.

A seção 9 do art. I diz: “No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed”. Essa proibição, dirigida ao legislativo federal, é estendida aos Estados na seção 10: “No State shall... pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or...”.

O que se deve entender por um *bill of attainder*? Trata-se de provimento legislativo que pune determinada pessoa ou um grupo de pessoas sem o devido processo legal judicial³². Haveria usurpação de função própria do judiciário pelo legislativo, com o fito de punir alguém³³. Aliás, uma das razões, de natureza histórica, para a inserção da cláusula na Constituição, estaria em impedir que o legislativo tomasse o lugar do judiciário na punição de pessoas [*United States v. Brown*, 381 U. S. 440 (1965)].

Para que se configure um *bill of attainder*, “a lei deve ser uma punição imposta pela legislatura sobre uma pessoa específica ou um grupo particular de pessoas” (CHEMERINSKY, 1997, p. 363). Nos Estados Unidos não se faz – como se faz na Inglaterra – distinção entre *bill of attainder* e *bill of pains* ou *bill of penalties*. Às vezes, um *bill of attainder* decreta a morte de alguém; em outras, apenas o confisco de sua propriedade [*Fletcher v. Peck*, 10 U. S. (6 Cranch) 87, 138 (1810)]. Pouco importa: se se trata de ato legislativo com o fito de punir alguém determinado, estamos diante de um *bill of attainder*.

Na Inglaterra do passado, lançava-se mão, com certa frequência, de *bills of attainder* ou de *bills of pains* nos casos em que a vítima estava fora do alcance da jurisdição inglesa ou não tinha como ser condenada judicial-

mente (cf. COOLEY, 1931, p. 354 e seg.). Há notícias de emprego de *bill of attainder* desde 1321. No reinado de Henrique VIII, o Parlamento preferiu esse odioso instrumento em vez do instituto do *impeachment*. Thomas Wolsey (1471-1530), Thomas Cromwell (1489-1540), Katherine Howard (1520-1542)³⁴ e o Duque de Norfolk (1473-1554)³⁵ e muitos outros foram punidos mediante *bills of attainder* (NEW advent, 2003).

A Suprema Corte americana teve como *bill of attainder* lei do Congresso, de 24 de janeiro de 1865, que exigia do servidor público, no momento da posse, jurar que jamais pegaria em armas contra os Estados Unidos ou daria ajuda voluntária a seus inimigos³⁶. Em 1946, a mesma Corte também considerou *bill of attainder* ato da Câmara dos Deputados (*House of Representatives*) que privou de vencimentos três servidores tidos por subversivos [*United States v. Lovett*, 328 U. S. 303 (1946)]. Em *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U. S. 425 (1977), a Corte entendeu que uma lei federal – *Presidential Recordings and Materials Preservations Act* –, que mandou custodiar as fitas e os papéis do presidente Richard Nixon, não configurava um *bill of attainder*. Doutrinariamente, essa decisão pode ser questionada, uma vez que houve confisco individual e punição (cf. CHEMERINSKY, 1997, p. 365). Em *Fleming v. Nestor*, 363 U. S. 603 (1960), a Suprema Corte considerou constitucional lei que privava um estrangeiro, deportado por ideologia comunista, dos benefícios previdenciários a que ele faria jus (aposentadoria por idade).

11. A ex post facto-clause

Vamos, agora, abordar a *ex post facto-clause*. Famoso ficou o axioma de Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), o fundador da ciência penal moderna alemã, “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”³⁷. Hodiernamente, as legislações de todos os povos civilizados não mais admitem a retroatividade de leis penais, salvo para beneficiar. Há notícias de que na corte de

Afonso IX, em 1188, já se havia consagrado o princípio da reserva legal (cf. NORONHA, 1981, p. 77). Mas, de qualquer sorte, só com o advento da *Magna Carta* é que o princípio da legalidade começa a aparecer para ganhar corpo no século XVIII. A Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776³⁸, e as Constituições de outros Estados norte-americanos consagraram o princípio da legalidade. A *Déclaration des droits* de 1789 é mais precisa na formulação do princípio da anterioridade da lei penal:

“Art. 8 (...) nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalment appliquée”³⁹.

Em *O federalista* (n. 84), HAMILTON (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 624 e seg.) esclarece a motivo da inserção da cláusula *ex post facto*:

“A definição de crimes após a consumação do fato – ou, em outras palavras, sujeitar as pessoas a punições por atos cometidos quando não eram proibidos por lei – e a prática de prisões arbitrárias têm sido, através dos tempos, os instrumentos favoritos e mais poderosos da tirania.”

Como leciona Joseph Story em seus *Commentaries*, quando se fez a Constituição, entendia-se que a cláusula *ex post facto* era abrangente, impedindo a retroatividade de leis também no campo civil (cf. KILLIAN; BECK, 1987, p. 382). Todavia, em *Calder v. Bull*, 3 Dall. (3 U.S.) 386, 390 (1798), a Suprema Corte decidiu que a cláusula protegia tão-somente o processo penal. É evidente que o entendimento do que seja “punição” é amplo. Alguns exemplos: em *Ex parte Garland*, 4 Wall. (71 U. S.) 333 (1867), a Corte disse que a exigência prévia de juramento do advogado de que não participara da guerra contra a União (*The War of Rebellion*) violava a cláusula da irretroatividade de lei, uma vez que a lei instituíra punição para fatos passados. Já em *Murphy v. Ramsey*, 114 U. S. 15 (1885), a vedação legal de que polígamos votassem foi considerada constitucional:

a lei não infligia uma pena ao polígamo, mas estabelecia mera desqualificação eleitoral. Lei que permitiu o cancelamento de naturalização fraudulenta após o cometimento da fraude não foi considerada *ex post-facto law* [*Johannessen v. United States*, 225 227 (1912)].

Em 2000, a Suprema Corte, por seis votos contra três, entendeu que não violava a *ex post facto-clause* a alteração legal de prazo, após a ocorrência do *factum criminis*, para pedir a concessão de livramento condicional. Robert Jones, que já cumpria pena por homicídio, conseguiu fugir da prisão e cometeu novo homicídio. Foi sentenciado à prisão perpétua pelo segundo crime (1982). De acordo com a lei do Estado da Geórgia, o detento tinha o direito de requerer livramento condicional após sete anos. Se negado, poderia, no prazo de três anos, tornar a pedir o *beneficium*. Após haver Jones cometido o segundo homicídio, em 1982, foi alterado o prazo para oito anos. Robert Jones ajuizou ação, alegando violação da Constituição. Perdeu na primeira instância. Ganhou na segunda. Tornou a perder na Suprema Corte. O “relator” foi o *justice* Anthony M. Kennedy, que entendeu que a simples majoração de prazo para submeter-se pedido de concessão de livramento condicional não feria a cláusula de irretroatividade de lei penal. Ficaram vencidos os juízes Stevens, Souter e Ginsburg⁴⁰.

12. A cláusula equal protection. O quota system nas universidades e no trabalho. Dificuldades. Exageros. O caso *United States v. Paradise*. Impasse na execução da sentença. O histórico caso de Homer Plessy. A doutrina falaciosa do Igual, mas Separado. O marco *Brown v. Board of Education*. A de jure segregation na Universidade do Mississippi

Falaremos, agora, um pouco sobre a cláusula *equal protection of the laws*, que se acha explícita na Emenda n. XIV. A Emenda n. V não fala expressamente em “equal protecti-

on of the laws”. Acontece que a cláusula “due process of law”, em sua generalidade, também abrange o princípio da isonomia. Trata-se, tecnicamente, de extensão jurisprudencial (cf. CHEMERINSKY, 1997, p. 527). O *chief justice* Taft, ao votar em *Truax v. Corrigan*, 257 U. S. 312, 332, 333 (1921), bem encareceu a maior amplitude da cláusula do devido processo legal. Os legisladores da Emenda n. XIV não se teriam contentado só com a cláusula *due process*. Fizeram questão de incorporar o “espírito de igualdade” (*spirit of equality*) numa garantia específica, que veio a ser a *equal protection of laws-clause*, sem prejuízo da proteção genérica da cláusula do devido processo legal (WILLOUGHBY, 1938, p. 822 e seg.). Em *Buckley v. Valeo*, 424 U. S. 1, 93 (1976), a Corte decidiu que “discrimination may be so unjustifiable as to be violative of due process” (CHEMERINSKY, 1997, p. 527). Efetivamente, não faria sentido a União Federal exigir dos Estados-Membros observância do princípio da igualdade perante as leis e, quanto a si, dispensá-la. Daí a jurisprudência da Suprema Corte ter, desde cedo, ampliado a abrangência da cláusula *due process of law*.

Desde Platão e Aristóteles que se tem ligado a igualdade à justiça. Se a última – a justiça – é de difícil conceituação, o mesmo não acontece com a primeira (PERELMAN, 1996, p. 213). Aristóteles, para justificar a escravidão, partia da desigualdade dos homens⁴¹. Cícero e Sêneca, diferentemente, defendiam a tese de que todos os homens, por serem dotados da razão, tinham capacidade de atingir a virtude, sendo, por conseguinte, livres e iguais.

A “igualdade de tratamento”⁴² é fácil, pois puramente aritmética. Se eu tiver “x” e três pessoas a quem distribuir, pratico a igualdade dando “x/3” para cada uma. O difícil está em saber a quem aquinhoar, ou o quanto aquinhoar. Se se leva em consideração “quem” recebe e “por que” recebe, a distribuição não pode ser aritmeticamente igualitária: os méritos são diferentes, os trabalhos são desiguais, a necessidade de um é o

dobro da do outro e assim por diante⁴³. Afastados os devaneios filosóficos, a questão, como se percebe, é política. A lei é que vai valorizar a situação de cada um, dizendo quem deve receber, e o que deve receber. Como são os homens, e não os anjos que fazem as leis, a dificuldade permanece. A lei, então, deve preocupar-se com os fatores que desigualam para que ela possa ser mais igualitária. Comumente, a lei, ao estabelecer os critérios diferenciadores, superestima ou subestima, ou ambos, os traços conotadores.

A partir da queda do *Ancient Régime*, as Constituições passaram a contemplar a igualdade formal. A *Déclaration* francesa de 1789 reservou dois dispositivos concernentes à igualdade perante a lei:

“Article Premier. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune”.

“Art. 6. (...). Elle (a lei) doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celles de leurs vertus et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents”⁴⁴.

No Antigo Regime, o rei vendia ou contemplava seus apaniguados com cargos ou títulos nobiliários. A nobreza e o clero não estavam sujeitos a tributos, ou os tinham beneficentemente diferenciados. A Revolução Francesa e a Revolução Americana vieram para acabar com tudo isso. Abolidos foram os privilégios de sangue ou estamento. A lei devia ser igual para todos, quer na proteção, quer na punição. Trata-se da denominada “igualdade de tratamento”⁴⁵. No andar do tempo, as próprias Constituições e leis infraconstitucionais passaram a contemplar a denominada “igualdade de situações”: a lei leva em conta não a igualdade, mas a desigualdade dos contemplados.

O poder de nomeação para cargos públicos, que já vinha do Regime Antigo, foi sempre um excelente instrumento para politicalha no Brasil. O governo que entrava nomeava seus protegidos. Só com a Constituição de 1934 (art. 168) é que se conseguiu institucionalizar o acesso aos cargos públicos por meio de concurso público⁴⁶. O sistema adotado passou a ser o do mérito, por meio de provas e títulos⁴⁷. Atenta aos novos tempos, porém, a Constituição brasileira de 1988 rompeu com a tradição, ensejando que deficientes físicos tivessem tratamento diferenciado por meio de quotas: “Art. 37, VIII, – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Como se vê, essa regra específica quebrou o princípio maior do “merit system”. Outro exemplo está na Lei (brasileira) n. 10.558/2002, que instituiu o “Programa Diversidade na Universidade”. Por meio desse programa, os “grupos socialmente desfavorecidos, em especial os ‘afrodescendentes’ e os ‘indígenas’, podem ser contemplados com bolsas, prêmios ou dinheiro para que freqüentem universidades”⁴⁸. Como se percebe, é a lei tentando derrubar as “barreiras culturais”, dando tratamento diferenciado a pessoas que, por circunstâncias sociais e econômicas, ficaram intelectualmente a reboque. Seus arautos argumentam que se se aplicar cegamente a fórmula do mérito intelectual para se prover cargo público ou ingressar no ensino superior, grande maioria dos menos favorecidos dificilmente teria acesso, dificultando ainda mais a nivelção democrática. Nesse particular, a Constituição da República portuguesa é vanguardeira: dedica um capítulo aos “Direitos e deveres culturais”, dizendo em seu art. 74º. 1. que “todos têm direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidade de acesso e êxito escolar”⁴⁹.

O “excesso de isonomia” tem levado a verdadeiros absurdos jurídicos e a injustiças em relação à maioria.

Nos Estados Unidos, sobretudo a partir da incrementação das denominadas “affirmative actions” (governo L. B. Johnson), tem vindo à tona a questão do “quota system”. Em 1967, o Congresso baixou uma lei de proteção e incentivo ao trabalho de pessoa acima dos 40 anos de idade. Trata-se do *Age Discrimination of Employment Act*. (cf. HOWARD, 1994, p. 125). A partir daí, seja por questões raciais, físicas, sexuais, etárias, mentais etc., floresceu uma verdadeira indústria advocatícia apoiada na discriminação. O pavor de ações judiciais por discriminação se alastrou no meio patronal americano. Tudo era motivo para uma boa demanda... Houve caso até de uma negra de pele mais clara (brancarrona), que ocupava cargo de chefia, ser processada por discriminação racial no local de trabalho... Nos tribunais federais, mais de 10% da massa processual (*caseload*) diz respeito a ações por discriminação (HOWARD, 1994, p. 134). A *Civil Rights Act* de 1991 incentivou ainda mais demandas judiciais por *equality of opportunity in the workplace* (HOWARD, 1994, p. 142).

Casos interessantes e até bizarros têm vindo, desde então, à tona: instalação de cabinas sanitárias em local público (*public toilets*) no centro de Nova York para usuários de cadeiras de rodas, adaptação de elevadores em ônibus para movimentação de paraplégicos, substituição de maçanetas de portas para deficientes físicos, frequência escolar de retardados mentais etc. Os custos públicos são altos, com prejuízo manifesto para a maioria. Até que ponto é válida a aplicação de tais leis?

As características específicas que diferenciam as pessoas perante a lei na maioria das vezes têm apoio na raça, na origem (nacionalidade), no sexo, na incapacidade física e na idade.

Um exame mais atento nos mostra que, no fundo, é a diferença cultural e econômica que leva à discriminação racial. A “raça” que está em melhores condições culturais e econômicas passa a se afastar e, progressivamente, a repudiar a raça “inferior”.

Quanto à discriminação, a Suprema Corte dos Estados Unidos se tem mostrado rigorosa quando se acham em jogo direitos fundamentais. Foi o caso de uma lei do Estado de Oklahoma, julgada inconstitucional, que mandava esterilizar quem fosse condenado por três ou mais vezes por crimes considerados de “torpeza moral” (cf. CHEMERINSKY, 1997, p. 532). A Corte (William Douglas) disse que o direito de procriação advinha da liberdade do homem. “O poder de esterilizar, se exercido, pode ter efeitos sutis, de alcance não previsto e devastadores”⁵⁰.

Dos fatores diferenciadores, o étnico e o da nacionalidade de origem do discriminado têm sido os mais comuns e, conseqüentemente, os mais agitados nos tribunais. Os casos são inúmeros. Vêm de longe. Depois do 11 de setembro de 2001, então, o preconceito e a desconfiança contra povos de origem árabe aumentaram assustadoramente.

Conhecida é a humilhação que um dos maiores homens, Gandhi, sofreu na África do Sul (Transval e Estado Livre de Orange) quando foi atuar como advogado num processo judicial. As leis locais proibiam pessoas de pele escura saírem sem autorização da polícia entre nove horas da noite e seis da manhã, bem como andar na calçada das ruas. Gandhi chegou a ser derrubado do passeio e chutado (GANDHI, 19--?, p. 112).

No tocante à jurisprudência americana, vamos, mais a título de ilustração, pegar um ou outro caso. Em *Strauder v. West Virginia*, 100 U. S. (10 Otto), 303 (1879), teve-se por inconstitucional lei estadual que só admitia como jurado “homem, branco, com mais de 21 anos de idade”. A Suprema Corte considerou inconstitucional tal provimento, uma vez que impedia cidadão de mais de vinte e um anos de servir como jurado por fator racial. Mais recentemente, em *Campbell v. Louisiana*, 523 U. S. 392 (1998), a Suprema Corte teve a exclusão de negros de painel de jurados como causa suficiente para viciar indiciamento de branco... O caso é peculiar. Merece registro. Um branco, de sobrenome

Campbell, foi indiciado por homicídio pelo *grand jury* de Evangeline Parish (Louisiana). Não concordou. Entrou com ação judicial alegando que a decisão havia violado as cláusulas do *due process* e da *equal protection*: sistematicamente os jurados negros – que perfaziam 20% do eleitorado local – eram recusados como jurados na hora de composição do júri⁵¹. Perdeu. O tribunal de apelação deu provimento ao recurso. A Suprema Corte estadual, todavia, reverteu o julgamento, afastando a pecha de inconstitucionalidade. Na Suprema Corte, em decisão unânime, o júri foi anulado. Anthony Kennedy, que falou pelo Colegiado, argumentou que o “réu tinha legitimidade para litigar se seu indiciamento fora conseguido por meios ou processos contravenientes ao devido processo”. Um indiciado branco tem direito de duvidar da lisura e imparcialidade de um *grand jury* que adota método de discriminação racial na seleção de seus jurados (OYEZ, 2003?). Outro caso envolvendo a exigência da seriedade e imparcialidade da instituição do júri popular está em *Batson v. Kentucky*, 476 U. S. 79 (1986). Durante o julgamento de pessoa de cor (Batson), acusada de *burglary*⁵² e receptação, a acusação (*prosecutor*) ameaçou recusar quatro negros para a composição do corpo de jurados. Powell falou pela Suprema Corte, dizendo que a atuação do órgão acusador havia violado as Emendas ns. VI e XIV da Constituição: a discriminação racial na seleção de jurados, além de privar o acusado de seus direitos fundamentais, também “minava a confiança pública na lisura de nosso sistema de justiça” (OYEZ, 2003?).

Outro caso diz respeito a provimento legal que vedava negros de morarem em bairros de brancos, e vice-versa (cf. KILLIAN; BECK, 1987, p. 1748)⁵³.

Muitos Estados sulistas não admitiam negros em repartições públicas ou mesmo na força policial. Foi o que se deu em *United States v. Paradise*, 480 U. S. 149 (1987). Trata-se de julgado que mostra a imiscuição do

judiciário na administração pública a pretexto de diminuir a discriminação racial no ingresso e promoção na força pública, bem como a relutância de entidade pública em cumprir a decisão judicial. O voto vencedor foi conduzido por Brennan, com o apoio de Marshall, Blackmun, Powell e Stevens. Os dois últimos – Powell e Stevens – lavraram votos apartados. Divergiram: O’Connor, White, Rehnquist e Scalia (FINDLAW, 2003). Desde quando criado o Departamento de Segurança Pública do Estado do Alabama (*Alabama Department of Public Safety*), não se havia admitido negros em seus quadros. Em 1972, a Associação Nacional para o Progresso de Pessoas de Cor (NAACP)⁵⁴ aforou uma ação na justiça federal de primeira instância, alegando maus-tratos à Emenda n. XIV. O juiz federal Frank M. Johnson reconheceu a procedência da violação, asseverando que, diante das circunstâncias fáticas, a corte tinha o dever de eliminar a discriminação que já vinha desde a instituição da corporação, 37 anos atrás. Em decorrência, expediu uma ordem determinando que, para cada branco admitido na corporação, fosse admitido um negro, até que o número dos discriminados atingisse 25% do total da tropa. Os réus apelaram. A segunda instância (*Fifth Circuit*) negou provimento à apelação, asseverando que a sentença de primeiro grau não havia, ao contrário, criado situação violadora das cláusulas *due process* e *equal protection*. Ademais, a ordem judicial de “admissão de um por um” (*one-for-one hiring*) tinha efeito temporário, e vinha sanar injustiça pretérita. A execução da sentença foi acompanhada de uma série de embaraços administrativos, entre eles a diminuição do contingente da tropa. Em setembro de 1979, os autores da ação judicial alegaram preterição na promoção. A corporação contra-argumentou que, para se chegar aos 25% da tropa, ter-se-ia que admitir nada menos que 37,5% de negros, o que seria inviável. Em 1983, após marchas e contramarchas, os autores da ação insistiram com o juiz federal para que, na promoção

para cabo, fosse observada a mesma proporção: um branco/um negro. A corporação “aceitou” que em quinze vagas para cabo, quatro fossem reservadas para não-brancos. Os autores discordaram. O juiz federal então disse que doze anos já se tinham passado, e o caso não estava solucionado a contento. No posto de major, por exemplo, não havia nenhum negro; vinte e cinco eram os capitães, nenhum negro; todos os 35 tenentes eram brancos; sessenta e cinco eram os sargentos, todos brancos. Dos 66 cabos, apenas quatro eram de cor. Tudo isso mostrava que o “cenário antecedente é intolerável e não deve continuar. O momento chegou para a corporação (*Department*) dar passos positivos e substanciais a fim de abrir as fileiras superiores a soldados negros”⁵⁵. Desse modo, durante certo tempo, metade das promoções deveriam ser reservadas a policiais de cor, desde que devidamente qualificados. A questão chegou à Suprema Corte por meio de *certiorari*. A recorrente foi a União Federal. O *justice* Brennan manteve a decisão recorrida, ponderando:

“O remédio aqui imposto é uma medida efetiva, temporária e flexível. Ela só se aplica se os negros aptos forem aprovados, somente se o Departamento demonstrar necessidade objetiva de promover, e somente se o Departamento falhar em implementar um processo de promoção que não tenha um impacto negativo nos negros”⁵⁶.

Uma das sugestões da dissidência foi para se utilizar como critério a proporção de negros na população ou na força de trabalho.

Muitos são os casos envolvendo segregação racial em meios de transportes. O mais célebre deles é, sem dúvida, *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896), quando a Suprema Corte sustentou a sofisticada doutrina do “Separado, mas Igual” para chancelar judicialmente o que a sociedade de então exigia, mesmo fugindo ao espírito da Constituição e de suas Emendas. No Estado sulino da Louisiana havia sido feita uma lei que obri-

gava a separação de brancos e negros em vagões de estrada de ferro. Homer Plessy, um negro que ali residia, resolveu desafiar o *establishment*. Adquiriu bilhete e entrou num vagão para brancos. Assentou-se. Minutos depois estava preso. Seu caso foi parar na Suprema Corte (Henry B. Brown), que sustentou a esdrúxula tese do *Separate, but Equal*: desde que os negros tivessem “iguais acomodações”, não se poderia falar em “discriminação”, mas apenas em “segregação”. Em *Mitchell v. United States*, 313 U. S. 80 (1941) e em *McCabe v. Atchison, T. & S. F. Ry.* 235 U. S. 151 (1914), a Corte teve como violadores da *Interstate Commerce Law* proventos que estabeleciam carros-dormitórios ou carros-restaurantes só para brancos (cf. KILLIAN; BECK, 1987, p. 1749).

A questão de ingresso de negros em estabelecimentos de ensino para brancos oferece um sem-número de julgamentos. A partir de 1938, com *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 U. S. 337 (1938), a Corte começou a abandonar a doutrina do “Separado, mas Igual”. Em 1950, no caso *Sweatt v. Painter*, 339 U. S. 629 (1950), ficou assentado que só na aparência uma faculdade de negros era igual a uma de brancos. Com o famoso caso *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954), caiu por terra a doutrina do *Separate, but Equal*. A votação foi unânime, graças à habilidade do presidente (*chief justice*) Earl Warren. No Estado do Kansas, a menina Linda Brown teve sua matrícula recusada em curso primário (para brancos) por ser de cor. Seu pai ajuizou ação, alegando violação da *equal protection-clause*. Warren convenceu seus pares de que, no fundo, a segregação desenvolvia nas crianças um sentimento de inferioridade, que as acompanharia pelo resto de suas vidas. Indagava: “Isso é justo?”. Não era⁵⁷.

Não obstante as decisões proferidas em 1954 e 1955 nos casos *Brown v. Board of Education*, em alguns Estados permanecia, no fundo, a *de jure segregation*, isto é, segregação advinda de normas (legais ou internas do estabelecimento de ensino). Foi o que

ocorreu com a tradicional Universidade do Mississippi, criada em 1848. A Universidade não tomara reais providências para acabar com o *dual university system*. Permaneceu “neutra”. Cinco de suas unidades eram ocupadas maciçamente por brancos, contra três, ocupadas predominantemente por negros. Registre-se, por oportuno, que só em 1962 é que um único negro logrou, assim mesmo por força de decisão judicial, ingressar na Universidade. Em 1975, a Universidade foi acionada ao argumento de que nada fazia para, efetivamente, acabar com a segregação racial. Ali ainda vigia a velha e superada *separate, but equal-doctrine*, com escolas para brancos e escolas para negros. O desfecho do caso só se deu em 1992, com *United States v. Fordice*⁵⁸. O *justice* White falou pela Corte. Houve apenas um voto, assim mesmo de discordância parcial, que foi de Scalia (LEGAL information institute, 2003). A Corte, então, dentro da linha firmada em *Brown v. Board of Education*, lembrou que um Estado só cumpriria seus deveres constitucionais se erradicasse definitivamente sua política e prática imposta pelas regras do *dual system*, que continuava a fomentar a segregação racial (LEGAL..., 2003).

Outro caso que merece menção, por envolver indiretamente minoria racial em faculdades, é de um estudante branco, Allan Bakke, que, por duas vezes, teve sua matrícula recusada na Escola de Medicina da Universidade da Califórnia (Davis). A Universidade, dentro do programa de quotas, reservara dezesseis lugares para negros em cada cem vagas. Bakke alegou que suas notas escolares eram maiores do que as dos contemplados pelo programa. Seu caso foi parar na Suprema Corte dos Estados Unidos [*Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978)]. Com o voto de Lewis Powell, Bakke acabou tendo sua matrícula confirmada. Todavia, não se conseguiu orientação jurisprudencial na decisão⁵⁹. Em *Fullilove v. Klutznick*, 448 U. S. (1980), porém, a maioria, ainda que não muito expressiva (6 X 3), foi alcançada no

tocante à constitucionalidade de provimento que, cumprindo programa de *affirmative actions*, estabelecia quotas para o setor de construções. No meado da década de 1970, verificou-se que menos de 1% de verba pública federal era destinada pelos Estados e Municípios ao incremento de empresas com capital proveniente de minorias raciais. Os não-brancos, porém, constituíam entre 15% e 18% da população. Com base em tais dados, o Congresso baixou provimento legislativo ensejando a criação da MBE (*Minority Business Enterprise*), determinando que um mínimo de 10% do fundo federal fosse destinado ao incentivo de empresas constituídas de pelo menos 50% de sócios que pertencessem a grupos raciais minoritários (negros, hispânicos, orientais, indianos, esquimós, aleutas etc). Ao argumento de que a MBE violava a cláusula da *equal protection of laws*, um grupo de construtores ajuizou ação na justiça federal de primeiro grau (*U. S. District for the Southern District of New York*). Perdeu. Houve apelação (*Second Circuit*). Nova sucumbência. O caso alcançou a Suprema Corte por meio de *certiorari*. O *chief justice* Burger falou pela Corte, frisando que o caso ali submetido a julgamento era daqueles que exigia exame mais acurado. “O Congresso” – disse –, “depois da devida consideração, percebeu a necessidade premente de se buscar novos acessos no esforço contínuo para atingir a meta da igualdade de oportunidade econômica”⁶⁰.

13. *Outros casos envolvendo questões raciais. Korematsu v. United States. Chineses e lavanderias. Tentativas legais de evitar-se o inter-relacionamento sexual entre negros e brancos*

Evidentemente, o preconceito racial, embora mais centrado no negro, era contra o “não-branco” (*non-white*), ou melhor, contra o *non-Wasp*⁶¹. Casos envolvendo chineses, coreanos, hispânicos, japoneses são numerosos. Vamos noticiar alguns. Come-

çamos com *Yick Wo v. Hopkins*, julgado em 1886. Na cidade de S. Francisco, foi baixado um provimento municipal condicionando alvará para instalação de lavanderia ao arbítrio de determinados funcionários. A Suprema Corte entendeu que a *ordinance* em si nada tinha de inconstitucional. Sua nulidade, todavia, estava na discricionariedade concedida a determinadas autoridades administrativas na escolha não só dos locais, mas das próprias pessoas. Firmou-se, então, uma doutrina, aplicada muitas vezes mais tarde, de que não bastava à lei ser aparentemente imparcial se ela, no fundo, ensejava ao administrador público, na hora de sua aplicação, “dois pesos e duas medidas de modo tal a poder fazer discriminações injustas e ilegais entre pessoas em situações semelhantes”⁶².

No célebre caso *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214 (1944)⁶³, mais de 100.000 japoneses ou nipo-descendentes – crianças e adultos – foram confinados em campos de concentração no interior dos Estados Unidos, ao argumento de que poderiam ajudar o Japão na guerra contra os aliados. Belicamente, o confinamento não se justificava. “Somente a raça foi usada para determinar quem deveria ser arrancado (de seus lares) e encarcerado, e quem deveria permanecer livre” (CHEMERINSKY, 1997, p. 553). A Corte teve como constitucional o Decreto n. 9.066, de Franklin Delano Roosevelt, que permitiu ao general John De Witt arrebanhar os “japoneses” que viviam na costa oeste. Pela mesma razão, a ordem que determinava o toque de recolher de nipo-americanos durante a Segunda Guerra foi considerada constitucional [*Hirabayashi v. United States*, 320 U. S. 81 (1943)].

Há muitos casos relativos a casamentos, guarda de filhos ou simples *interracial cohabitation*. Foi o que se deu em *McLaughlin v. Florida*, 379 U. S. 184 (1964). Uma lei da Flórida apenava com prisão de até doze meses, e multa até 500 dólares, coabitação entre pessoas de cor e brancos, desde que não fossem casadas entre si⁶⁴. O propósito

da lei – segundo seus defensores – era acabar com o *adultery and fornication* e impor a *sexual decency*. A Suprema Corte anulou as penas, sem entrar no mérito (White). Stewart e Douglas entenderam que, no fundo, a cláusula da *equal protection* ficara ferida pela lei, uma vez que, se a coabitação se desse entre pessoas de mesma cor, o preceito legal não seria aplicado.

Mais um caso da Flórida [*Palmore v. Sidoti*, 446 U. S. 429 (1984)], provocado por guarda de filho: Linda Palmore e Anthony Sidoti, ambos brancos, divorciaram-se. A filha do casal, de três anos, ficou com a mãe. Tempos depois, o pai (Anthony) pediu a guarda da criança, ao fundamento de que sua ex-mulher estava morando com um negro. Na Suprema Corte (Burger), a votação foi unânime. A Corte, depois de reconhecer que, embora a questão do preconceito racial pudesse vir a afetar mais tarde a menina, não havia justificativa constitucional capaz de impedir à mãe natural de ficar com sua filha (FINDLAW, 2003).

Notas

¹ A tradução foi livre. No original: “If any person intermarry with a colored person, or any colored person intermarry with a white person, he shall be guilty of felony and shall be punished by confinement in the penitentiary for not less than one nor more than five years” (THE MULTIRACIAL activist, 2003).

² *In casu*, o enquadramento racial por continente faz lembrar a teoria de Johann F. Blumenbach (1752-1840), pioneiro da antropologia física, que, no final do século XVIII, classificou as raças em caucásica, mongólica, americana e malaia (cf. RECASÉNS SICHES, 1965, p. 377).

³ Tradução livre. No original: “Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And but for the interference with his arrangement there would be no cause for such marriages. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix” (THE MULTIRACIAL..., 2003).

⁴ Em 24 de setembro de 1789, o presidente George Washington indicou o nome de John Jay para presidir a Suprema Corte. A primeira sessão, marcada para o dia 1º de fevereiro de 1790, não se realizou por falta de *quorum*: dos cinco membros, só havia três juízes (cf. CUSHMAN, 1993, p. 3).

⁵ A cláusula *equal protection* da Emenda n. XIV se acha intimamente ligada à Emenda n. XIII (1865) e à Emenda n. XV (1870). A Emenda n. XIII aboliu a escravidão; a Emenda n. XV impede discriminação eleitoral em razão de “raça, cor ou de prévio estado de servidão”.

⁶ A linha divisória entre uma confederação e uma federação nem sempre é nítida. O próprio Estado federal pode apresentar maior ou menor frouxidão integrativa entre suas unidades (cf. ZIPPELIUS, 1984, p. 222). Mas, de qualquer sorte, toda federação se caracteriza como uma pessoa política perante aos Estados-Membros, dispondo, como tal, dos instrumentos jurídico-políticos da “execução federal” e da “intervenção federal” (cf. SCHMITT, 19--?, p. 438).

⁷ Segundo o último censo (2000), os negros são numericamente superados pelos hispânicos, que alcançam 13% da população norte-americana; os asiáticos, 4% (HISPÂNICOS já são principal minoria nos EUA, 2003, p. A12).

⁸ A CRA (*Civil Rights Act*) tem desde então sofrido alteração, como em 1957, 1960, 1964, 1977 e 1991. O título VII da CRA está no volume 42 do *United States Code* (EEOC: Equal Employment Opportunity Commission, 2003).

⁹ Na França, embora em circunstâncias diferentes, ocorreu o mesmo fenômeno: o Conselho Constitucional da Constituição de 1958 tinha por objetivo frear o Legislativo. A partir de 1971, todavia, foi assumindo novo papel na proteção dos direitos fundamentais (cf. LUCHAIRE, 1982, p. 57).

¹⁰ *Corrigan v. Buckley*, 271 U. S. 323, 330 (1926); *United States v. Wheeler*, 254 U. S. 281, 298 (1920). Para maiores detalhes sobre os *Civil Rights Cases*, ver TRIBE (1988, p. 1693 e seg.).

¹¹ No original: *Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person with its jurisdiction the equal protection of the laws.*

¹² O quaker William Penn recebeu a *charter for the colony* em 1681. Conta-se que ele havia proposto dois nomes para sua colônia: Nova Gales (*New Wales*) ou Silvânia (*Sylvania*). O rei Carlos II, todavia, em sua homenagem, preferiu *Pennsylvania* (FORREST, 2003).

¹³ Constituição da Confederação Suíça: “Art. 43. Qualquer cidadão de um cantão é cidadão suíço” (ALENCAR; CERQUEIRA, 1987, v. 2). BRASIL: É interessante averbar que tanto a Carta de 1824 (art. 6º) quanto a Constituição de 1891 (art. 69) falavam em “cidadãos brasileiros”. A Constituição de 1988, sobre a rubrica “nacionalidade” (art. 12), só fala em “brasileiros”.

¹⁴ O caso *Dred Scott* é apontado como um dos fatores que desencadeou a *Civil War*. Coube ao *chief justice* Roger B. Taney falar pela Corte. Sob o aspecto jurídico, Taney, dentro do espírito da época, entendeu que a escravatura estava mantida pela Constituição, que garantia o direito de propriedade (daí a inconstitucionalidade do *Missouri Compromise*). Apenas dois juízes – Benjamin R. Curtis e John McLean – dissentiram. Curtis foi proclamado um “herói” pelos abolicionistas. Taney, por questão de divulgação prévia de voto pela imprensa, por parte de Curtis, acusou o colega de açular a opinião pública contra a Corte. Desgostoso, Curtis, em 1º de setembro de 1857, oficiou ao presidente James Buchanan, pedindo sua exoneração (cf. CUSHMAN, 1993, p. 156 e seg.). TOCQUEVILLE (1998, p. 393 e seg.), que escreveu a segunda parte de *A Democracia na América* em torno de 1840 (antes, pois, da Emenda n. XIV), faz uma análise profunda e minudente do escravo nos Estados Unidos. Mostra que era mais fácil mudar as leis do que os costumes. Assim, ainda que alguns Estados do Norte tivessem legalmente abolido a escravidão, o preconceito racial ali continuou mais vivo do que no Sul. Esse fato pode ser facilmente constatado nas decisões da Suprema Corte, como se verá mais para frente: o preconceito permanecia nos Estados do Norte. BRASIL: Nossa Carta política de 1824 não continha uma linha sequer sobre a escravidão. Era como se não existisse. O próprio Teixeira de Freitas, quando fez sua notável Consolidação das Leis Civis, embora tenha reconhecido a hediondez da instituição, preferiu contemplá-la à parte, no que ele denominou “Código Negro” (cf. NABUCO, 2000, p. 90). NABUCO (p. 13 e seg.) observa que nos Estados Unidos o abolicionismo teve cunho religioso, humanitário. No Brasil, diferentemente, suas raízes foram políticas. Por outro lado, no Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, o negro não era considerado “raça inferior”. Fazia “parte integrante do povo brasileiro” (NABUCO, p. 14). Quanto ao índio, no governo do Marquês de Pombal, a miscigenação foi incentivada por lei (Alvará de 14/04/1755). Anos depois (1808), é verdade, foi expedida carta régia permitindo a preagrem do índio e sua utilização gratuita (cf. PRADO JÚNIOR, 2000, p. 95). Nos Estados Unidos, o índio foi sempre tratado como estranho. Com as grandes tribos se celebravam “tratados”.

¹⁵ Uma lei (federal) de 1793 – *The Fugitive Slave Act* – mandava que o juiz determinasse a reintegração do escravo fujão. Em 1842, uma decisão da Suprema Corte considerou inconstitucional lei estadual que impedia o uso de força para captura de escravo foragido, uma vez que a Constituição garantia o direito de propriedade [*Prigg v. Pennsylvania, U. S. (16 Pet.) 539 (1842)*].

¹⁶ A legislação ficou conhecida como *Missouri Compromise* (cf. COOLEY, 1931, p. 315).

¹⁷ (...) *the people of the different states in this union, the free inhabitants of each of these states, paupers, vagabonds and fugitives from Justice excepted, shall be entitled to all privileges and immunities of free citizens in the several states...* (COMMAGER, 1958, p. 111).

¹⁸ *Baldwin v. Montana Fish & Game Comm., 436 U. S. 380 (1978)*.

¹⁹ *Corfield v. Coryell, 6 Fed. Cas. 546 (No. 3230) (C.C.E.D. Pa. 1823)*.

²⁰ Neste caso – *Paul v. Virginia* –, a questão principal gravitava em torno da possibilidade de o legislativo estadual fixar, por conta e risco, normas sobre seguro. Entendeu-se que a política de seguros não era comércio inter-estadual, não sendo, pois, matéria regulável pelo Congresso (*PAUL v. Virginia, 2003*).

²¹ *Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973)*.

²² O direito romano, é certo, conheceu somente o homem como *persona*. Às entidades coletivas davam-se os nomes de *collegium, corpus, universitas* etc. Com o passar do tempo, já na época clássica, as entidades coletivas ou massas de bens começaram a ser personificadas. Assim se falava em *universitas bonorum* e *universitas personarum* (cf. PEREIRA, 1974, p. 258). BRASIL: O Código Civil brasileiro preferiu a nomenclatura adotada pelo BGB alemão: pessoas naturais (*natürliche Personen*) e pessoas jurídicas (*juristische Personen*). Nos Estados Unidos não é incomum, quando se quer precisar, usar-se a expressão *natural person*. O BLACK’S (BLACK; CONNOLLY; NOLAN, 1979) conceitua: “In general usage, a human being (i.e. natural person), though by statute term may include a firm, labor organizations, partnerships, associations, corporations, legal representatives, trustees, trustees in bankruptcy, or receivers”.

²³ Nos países de direito anglo-saxônico, o precedente judicial veio para limitar o *arbitrium iudicis*; nos países de direito romano-germânico, ocorreu o contrário: tirou-se a força dos precedentes, limitando o juiz à lei, já que ela exprimia a “vontade geral da nação” (cf. LATORRE, 1978, p. 90).

²⁴ O direito norte-americano não se confunde com o direito inglês, embora ambos tenham como fundo o *common law*. Por outro lado, diferenciam, e muito, um do outro: nos Estados Unidos, o precedente judicial é menos rígido do que na Inglaterra

(cf. PIZZORUSSO, 1987, p. 166, 172-173). Conferir, ainda, SÈROUSSI (2001, p. 94, 109). Nos Estados Unidos, os juízes, muitos provindos do magistério universitário, procuram conformar as leis à Constituição, o que não se dá na Inglaterra (cf. DAVID, 1953, p. 294 e seg.).

²⁵ O próprio DAVID (1953, p. 300), porém, ressalva que está havendo, por outro lado, uma preocupação acentuada com a sistematização dos conceitos, o que colocaria o direito estadunidense como “um Direito intermediário entre o grupo do *Common Law* e o grupo do Direito francês”.

²⁶ O tema já foi objeto de mais de um artigo do autor (MACIEL, 2000, p. 229). Cf. MACIEL (1994a, 1994b).

²⁷ *In other words, substantive due process looks to whether there is a sufficient justification for the government's action* (CHEMERINSKY, 1997, p. 420).

²⁸ BRASIL: No Brasil, por força do disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição, o qual garante expressamente no “processo judicial ou administrativo” ampla defesa e contraditório, os tribunais têm anulado decisões que não seguem de perto o devido processo.

²⁹ *Opp Cotton Mills v. Administrator*, 312 U.S. 126, 152, 153 (1941).

³⁰ *Georgia Code*, § 16-6-2. Pena máxima: vinte anos de prisão.

³¹ *Therefore, the relevant question is not what Michael Hardwick was doing in the privacy of his own bedroom, but what the State of Georgia was doing there* (TRIBE, 1988, p. 1428).

³² REHNQUIST (1987, p. 166) assim conceitua o instituto: “A bill of attainder was a legislative act that singled out one or more persons and imposed punishment on them, without benefit of trial”.

³³ BRASIL: No Brasil de nossos dias tivemos autênticos *bills of attainder* com os atos revolucionários de cassação de parlamentares, juízes, políticos e cidadãos em geral. O Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, por exemplo, no art. 4º, conferia ao presidente da República o poder de “suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de dez anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais”. Não se tinha para quem apelar, pois as portas do judiciário estavam fechadas aos atingidos pelas medidas excepcionais.

³⁴ Katherine Howard, que era prima de Ana Bolena, foi a quinta mulher de Henrique VIII.

³⁵ Thomas Howard, o terceiro duque de Norfolk, embora tenha apoiado o divórcio de Catarina de Aragão e Henrique VIII, caiu em desgraça. Foi acusado de alta traição: catolicismo. Um *bill of attainder* do Parlamento decretou sua decapitação. Foi, porém, salvo pela morte do rei (THOMAS Howard, 2003).

³⁶ *Ex parte Garland*, citado por WILLOUGHBY, (1938, p. 457).

³⁷ Sobre Feuerbach, consultar a *The Columbia Encyclopedia*, 6th ed., 2001 (BARTCEBY: great books online, 2003).

³⁸ Art. 8. *That in all capital or criminal prosecution a man hath a right to ... that no man be deprived of his liberty, except by the law of the land or the judgment of his peers.*

³⁹ BRASIL: Desde nossa Carta política de 1824 (art. 179, 11) que se consagra o princípio da irretroatividade da lei penal. A Constituição de 1988, no art. 5º, depois de anunciar o princípio da reserva legal (inc. II), declara no inc. XXXIX que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A seguir (inc. XL), reforça: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

⁴⁰ *Garner v. Jones*, 529 U. S. 244 (2000) (OYEZ, 2003?).

⁴¹ Os motivos que levaram à instituição da escravidão no Mundo Antigo foram bem distintos daqueles do mundo moderno. No primeiro caso, havia “qualquer coisa de fatal, necessário e insubstituível” (PRADO JÚNIOR, 2000, p. 110, nota de rodapé n. 16). No segundo caso, apenas a cobiça, o lucro.

⁴² Laurence TRIBE (1988, p. 1437 e seg.), distingue o direito de “tratamento igual” (*equal treatment*) do direito de “tratamento como um igual” (*treatment as an equal*): “The right to equal treatment holds with respect to a limited set of interests – like voting – and demands that every person have the same access to these interests as every person. Note that this right to equal treatment clearly does not operate with respect all interests; any such universal demand for sameness would prevent government from discriminating in the public interest. On the other hand, the right to treatment as an equal holds with regard to all interests and requires government to treat each individual with equal regard as a person”.

⁴³ BOBBIO (2000, p. 300) diz que dos três critérios – segundo o trabalho, segundo a capacidade e segundo a necessidade – o último – segundo a necessidade – é o mais justo.

⁴⁴ A Lei Fundamental de Bonn, que traz a virtude da síntese e precisão, diz em seu art. 3º: “(I) *Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*” (Todos os homens são iguais perante a lei”). BRASIL: Na esteira da Constituição francesa de 1791, a Carta brasileira de 1824 dizia no art. 179: “13) A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Todas nossas Constituições e Cartas contemplaram o princípio da isonomia. A Constituição de 1988 dispõe no *caput* do art. 5º: “Todos são iguais perante a lei (...)”.

⁴⁵ PERELMAN (1996, p. 214) distingue seis modalidades de “justiça distributiva”: “a cada qual, a mesma coisa, a cada qual segundo seu

mérito, segundo suas obras, segundo suas necessidades, segundo sua posição, segundo o que a lei lhe atribuir”.

⁴⁶ “Art. 168. Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir”. Hoje na Justiça do Trabalho, por exemplo, o número de juízas tende a se igualar ao de juizes. Em 2000, havia 1.092 homens e 978 mulheres (SUPREMO Tribunal Federal, 2003). É oportuno lembrar, com PERELMAN (1996, p. 415 e seg.), que a Corte de Cassação da Bélgica, há pouco mais de cem anos (11/11/1889), entendeu que “o serviço da justiça era reservado aos homens”, negando o registro de mulheres nos quadros da ordem dos advogados. O conservadorismo judicial prevaleceu mesmo após o advento de lei autorizativa (07/04/1922) de inscrição de mulheres como “avoué”: decisão do mesmo tribunal, de 29/05/1945, obstou o registro feminino até que se fizesse melhor interpretação da lei concessiva do direito... (PERELMAN, 1996, p. 416).

⁴⁷ A Lei Fundamental de Bonn é expressa: “Art. 33, 2. Todos os alemães têm igual acesso a qualquer cargo público, de acordo com sua aptidão, capacidade e eficiência profissional” (*Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte*).

⁴⁸ A Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, em abril de 2002, aprovou, à unanimidade, projeto do senador José Sarney, que estabelece quotas para negros ou pardos (20% das vagas, no mínimo) para o ingresso em cargos públicos e universidades públicas ou privadas (MUNDO negro, 2003).

⁴⁹ CANOTILHO (1987, p. 402) observa que tais preceitos de igualdade de oportunidade, êxito escolar etc até então não foram cumpridos ou, se foram-no, o foram erradamente.

⁵⁰ “The power to sterilize, if exercised, may have subtle, far-reaching and devastating effects” [*Skinner v. Oklahoma*, 316 U. S. 541 (1942)].

⁵¹ A “*standing aside juro*s” consiste na recusa injustificada por parte da acusação no momento de formar o painel de jurados. Conferir verbete do BLACK’S (BLACK; CONNOLLY; NOLAN, 1979).

⁵² No Direito Penal brasileiro, não existe um tipo equivalente. Modernamente, a *burglary* implica, com ou sem quebra de obstáculo, a invasão de residência ou edifício com o intuito de cometer ilícito penal. Algumas legislações estaduais classificam o delito em três graus (cf. BLACK; CONNOLLY; NOLAN, 1979).

⁵³ *Buchanan v. Warley*, 245 U. S. 60 (1917); *Harmon v. Tyler*, 273 U. S. 668 (1927) e *Richmond v. Deans*, 281 U. S. 704 (1930).

⁵⁴ Antes de ser indicado para a Suprema Corte, Thurgood Marshall foi advogado da NAACP (FINDLAW, 2003?).

⁵⁵ “The preceding scenario is intolerable and must not continue. The time has now arrived for the department to take affirmative and substantial steps to open the upper ranks to black troopers”.

⁵⁶ Tradução livre: “The remedy imposed here is an effective, temporary, and flexible measure. It applies only if qualified blacks are available, only if the Department has an objective need to make promotions, and only if the Department fails to implement a promotion procedure that does not have an adverse impact on blacks”.

⁵⁷ Em 1959, o presidente Eisenhower indicou Potter Stewart para ocupar a vaga deixada por Burton. Na Comissão de Constituição e Justiça (*Judiciary Committee*), ao ser sabatinado, Stewart disse que manteria a doutrina desenvolvida em *Brown v. Board of Education*. Isso foi suficiente para que senadores sulistas provocassem o retardo de sua confirmação pelo pleno do Senado (cf. TRIBE, 1986, p. 108).

⁵⁸ *United States v. Fordice*, 505 U. S. 717 (1992).

⁵⁹ TRIBE (1985, p. 222) lembra que seria simplesmente temerário inferir desse julgamento (Bakke) qualquer posição firme quanto à área da *equal protection*. Apenas Powell – lembra – afirmou que o sistema de quotas da universidade violara a cláusula *equal protection*.

⁶⁰ Tradução livre. No original: “Congress, after due consideration, perceived a pressing need to move forward with new approaches in the continuing effort to achieve the goal of equality of economic opportunity”.

⁶¹ White Anglo-Saxon Protestant.

⁶² A tradução foi inteiramente livre. No original: “(...) with an evil eye and an unequal hand so as practically to make unjust and illegal discriminations between persons in similar circumstances” (apud WILLOUGHBY, 1938, p. 824 e seg.).

⁶³ Ver *A sombra duradoura de Fred Korematsu*, artigo doutrinário do autor (MACIEL, 2000, p. 45).

⁶⁴ “Any Negro man and white woman, or any white man and Negro woman, who are not married to each other, who shall habitually live in and occupy in the nighttime the same room shall each be punished by imprisonment not exceeding twelve months, or by fine not exceeding five hundred dollars.”

Bibliografia

ALENCAR, Ana V. A. N.; CERQUEIRA, Laudiane de P. CONSTITUIÇÃO do Brasil e constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987. v. 1-2.

BARTLEBY: great books online. *The Columbia encyclopedia*. Disponível em: <http://www

.bartleby.com/65/fe/FeuerbP.html>. Acesso em: 2003.

BLACK, Henry C.; CONNOLLY, Michel J.; NOLAN, Joseph R. *Black's law dictionary*. 5th ed. St. Paul Minn: West Publishing, 1979.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOUMAN, Mariane. *A biography of John Dickinson (1732-1808)*. Disponível em: <<http://odur.let.rug.nl/~usa/B/jdickenson/johnd1.htm>>. Acesso em: 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1987.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Aspen Law & Business, 1997.

COMMAGER, Henry Steele (Ed.). *Documents of american history*. 6th ed. New York: Appleton-Century-Crofts, Inc., 1958.

COOLEY, Thomas M. *The general principles of constitutional law in the United States of America*. 4th ed. Boston: Little, Brown and Company, 1931.

CUSHMAN, Clare (Ed.) *The supreme court justices: illustrated biographies: 1789-1993*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1993.

DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains: droit comparé*. 12. ed. Paris: Dalloz, 1966.

_____. *Tratado de derecho civil comparado: introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1953. Versão espanhola de: Javier Osset.

EEOC: U. S. Equal Employment Opportunity Commission. *The VII of the civil Rights Act of 1964*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/viihtml>>. Acesso em: 2003.

FINDLAW: for legal professionals. *Landmark decisions: a century of change (1856-1955)*. Disponível em: <http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/landmark2.html>. Acesso em: [2003?].

_____. *U. S. Constitution: fourteenth amendment*. Disponível em: <<http://supreme.lp.findlaw.com/constitution/amendment14/01.html>>. Acesso em: 2003.

_____. *U. S. Supreme Court: Palome v. Sidoti*. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=466&invol=429>>. Acesso em: 2003.

_____. *U. S. Supreme Court: United States v. Paradise*. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=480&invol=149>>. Acesso em: 2003.

FERGUSON, John H.; McHENRY, Dean E. *The American federal government*. New York: McGraw-Hill Book Company, Inc., 1950.

FORREST, Tuomi J. *William Penn: visionary proprietor*. Disponível em: <<http://xroads.virginia.edu/~CAP/PENN/pnintro.html>>. Acesso em: 2003.

GHANDI, Mohandas K. *Autobiography: the story of my experiments with truth*. New York: Dover Publications, Inc. [19-?]. Versão para o inglês de: Mahadev Desai.

GUTTERIDGE, H. G., *El derecho comparado: introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho*. Barcelona: Artes Gráficas Rafael Salva, 1954.

HAMILTON, Alexander; MADISON, J.; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HISPÂNICOS já são principal minoria nos EUA. São Paulo, Folha de São Paulo, 22 jan. 2003.

HOBBSBAWN, Eric. *Tempos interessantes*. Tradução de S. Duarte. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

HOWARD, Philip K. *The death of common sense: how law is suffocating America*. New York: Random House, 1994.

KILLIAN, Johnny H.; BECK, Leland E. (Ed.). *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation*. Washington: Library of Congress, 1987.

LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978.

LEGAL information institute. *United States v. Fordice*. Disponível em: <[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=\[level+case+citation!3A\]\[group+thomas!3A\]\[level+case+citation!3A\]/doc/{@115098}/hit_headings/words=4?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=[level+case+citation!3A][group+thomas!3A][level+case+citation!3A]/doc/{@115098}/hit_headings/words=4?>)>. Acesso em: 2003.

_____. _____. Disponível em: <[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=\[level+case+citation!3A\]\[group+thomas!3A\]\[level+case+citation!3A\]/doc/{@115218}/hit_headings/words=4?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=[level+case+citation!3A][group+thomas!3A][level+case+citation!3A]/doc/{@115218}/hit_headings/words=4?>)>. Acesso em: 2003.

LUCHAIRE, François. *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux: Conseil Constitutionnel Français*. In: FAVOREU, Louis (Org.).

Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux. Paris: Economica, 1982.

MACIEL, Adhemar F. *Dimensões de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. *Due Process*. Braga: Associação Jurídica, 1994a. Separata de *Scientia Iuridica*, n. 250-252, Jul./dez. 1994.

_____. *Due process of law*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 124, ano 31, out./dez. 1994b.

MAYERS, Lewis. *The american legal system: the administration of justice in the United States by judicial, administrative, military, and arbitral tribunals*. New York: Hasper & Brothers, 1955.

THE MULTIRACIAL activist. *United States Supreme Court case: Lovin v. Virginia*. Disponível em: <<http://www.multiracial.com/government/loving.html>>. Acesso em: 2003.

MUNDO negro: o site negro mais completo da web. Disponível em: <<http://www.mundonegro.com.br/noticias/index.php?noticiaID=60>>. Acesso em: 2003.

NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. São Paulo: Publifolha, 2000.

NEW advent. *Catholic encyclopedia*: attainder. Disponível em: <<http://www.newadvent.org/cathen/02059c.htm>>. Acesso em: 2003.

NORONHA, E. M. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1.

OYEZ: U. S. Supreme court multimedia. *Batson v. Kentucky*. Disponível em: <http://www.oyez.nwu.edu/cases/cases.cgi?command=show&case_id=32&page=abstract>. Acesso em: 2003.

_____. *Campbell v. Louisiana*. Disponível em: <<http://www.oyez.org/oyez/resource/case/1099>>. Acesso em: 2003.

_____. *Gorner v. Jones*. Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/cases.cgi?command=show&case_id=1264&page=voting>. Acesso em: [2003?].

PARENTI, Michael. *Democracy for the few*. 4th ed. New York: St. Martin's Press, 1983.

PAUL v. Virginia. Disponível em: <<http://www.nils.com/rupps/paul-v-virginia.htm>>. Acesso em: 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 1.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Curso de derecho comparado*. Barcelona: Ariel S/A, 1987. Versão para o espanhol de: Juana Bignozzi.

PRADO JÚNIOR, Caio. *A formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Publifolha, 2000.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado de sociologia*. Tradução de João Baptista Coelho Aguiar. Rio de Janeiro: Globo, 1965. v. 1.

REHNQUIST, William H. *The supreme court: how it was, how it is*. New York: Quill, 1987.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, [19- -].

SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.

SUPREMO Tribunal Federal. *Banco Nacional de dados do poder Judiciário*: justiça especializada. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/bndpj/justica-especializada/JTrabalho9F_2000.asp>. Acesso em: 2003.

TEACHING american history. *Fullilove v. Klutznick*. Disponível em: <<http://teachingamericanhistory.org/library/index.asp?documentprint=91>>. Acesso em: 2003.

THOMAS Howard: (3rd D. Norfolk). Disponível em: <[http://tudorplace.com.ar/Bios/ThomasHoward\(3Dnorfolk\).htm](http://tudorplace.com.ar/Bios/ThomasHoward(3Dnorfolk).htm)>. Acesso em: 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TRIBE, Laurence. *American constitutional law*. 2nd ed. Mineola: The Foundation Press, Inc., 1988.

_____. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. *God save this honorable court: how the choice of Supreme Court justices shapes our history*. New York: N. American Library, 1986.

UMKC: University of Missouri, Kansas City. Disponível em: <<http://www.umkc.edu/faculty/project/trials/conlaw/loving.html>>. Acesso em: 2003.

WILLOUGHBY, Westel W. *Principles of the constitutional law of the United States*. New York: Baker, Voorhis & Co, 1938.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 2. ed. Tradução de António Cabral de Moncada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

Em busca do Estado ideal: um estudo sobre Cabo Verde, um ‘pequeno’ Estado africano

João Paulo M. Peixoto

Sumário

1. Introdução. 2. Dois paradigmas: o *Welfare State* e o Conselho de Washington. 3. Pequenos Estados, grandes realizações. 4. Sobre as condições para a reforma do Estado em Cabo Verde. 5. Considerações finais.

“Não é o mais forte da espécie que sobrevive, nem o mais inteligente; é o que melhor se adapta à mudança”.

Charles Darwin

1. Introdução

No período que se seguiu à queda do comunismo soviético e ao surgimento do Consenso de Washington, vários países africanos experimentaram uma década de reformas estruturais. No entanto, sem que tenham completado suas agendas de reformas, esses países vêm enfrentando um intenso debate político, centrado nas preocupações relativas ao futuro das reformas e das adequadas funções do Estado.

A definição do papel do Estado foi sempre objeto de muito debate. Independentemente de regime político ou ideologia, a busca por um Estado eficiente sempre esteve no topo da lista de prioridades de governantes de quase todos os países. Desde 1990, a grande e imemorial divisão existente entre esquerda e direita relativamente a questões econômicas (capitalismo *versus* socialismo, monetarismo *versus* estruturalismo, libera-

João Paulo M. Peixoto é Professor de Política e Administração Pública da Universidade de Brasília.

lismo ortodoxo *versus* ‘keynesianismo’ e/ou mercado livre *versus* intervencionismo econômico do Estado) foi aspecto-chave no debate em torno da reforma do Estado e da modernização do setor público.

A despeito do arcabouço político ou econômico que se escolha, os governos de fato fazem diferença na vida dos cidadãos. Contudo, quanto maior o papel do governo, menor capacidade de autogoverno parece haver na sociedade. A razão para um governo ‘grande’ condicionar sempre uma ‘pequena’ sociedade se deve ao fato de um Estado intrusivo impedir o desenvolvimento da cidadania plena.

O colapso do socialismo real sinalizou o fim da noção de que um Estado diretivo, centralizador e auto-suficiente poderia ser o caminho para a justiça social e o desenvolvimento econômico de países em desenvolvimento.

No começo da década de 90 do século passado, uma nova onda de democratização se espalhou pelo mundo, alcançando o Leste Europeu, a antiga União Soviética, a Ásia e a África. Junto com a democracia, vieram as reformas centradas no mercado, fato em quase todos os países desses continentes, impulsionadas pelas forças contemporâneas da globalização. O rápido surgimento, notadamente a partir de 1990, de democracias liberais mundo afora foi tão impressionante que incitou Francis FUKUYAMA (1992) a publicar um livro bastante provocativo defendendo a tese de que o “fim da História” havia chegado. Essa idéia foi entendida como a vitória da democracia liberal e do neoliberalismo como forma acabada de organização política e econômica para todas as nações.

Hoje, a situação parece ter-se invertido, pois a reforma do Estado agora é vista como uma nova iniciativa estratégica para o desenvolvimento, muito menos alicerçada no Estado e muito mais dependente das forças do livre mercado. De qualquer modo, essa mudança de paradigma para o desenvolvimento ocorreu sem que se perdesse de

vista o adequado papel do governo no provimento de ‘bens públicos’ fundamentais, como a educação, a saúde e a segurança públicas.

2. *Dois paradigmas: o Welfare State e o Consenso de Washington*

As discussões em torno da reforma do Estado carregam como herança recente o conjunto das políticas anticíclicas de base keynesiana – *Welfare State* – e as reformas de primeira geração do Consenso de Washington.

O *Welfare State* implementado nos últimos cinquenta anos surge no contexto da reconstrução européia do pós-Segunda Guerra, a partir da prosperidade econômica fundada na iniciativa americana de prover liquidez ao sistema internacional por meio da criação de instrumentos multilaterais (FMI e BIRD) e, especialmente, do Plano Marshall.

Caracterizava-se, segundo OLIVEIRA (1998), pela “(...) medicina socializada, a educação universal gratuita e obrigatória, a previdência social, o seguro-desemprego, os subsídios para transporte, os benefícios familiares (quotas para auxílio-habitação, salário família) e, no extremo desse espectro, subsídios para o lazer”. Ou ainda, segundo Hobsbawm,

“(...) pelo emprego e uma sociedade de consumo orientada para um verdadeiro mercado de massa”. Além desses benefícios, setores considerados estratégicos do Estado ainda seriam contemplados, como: ciência e tecnologia, indústria civil e militar, agricultura, e mercado financeiro.

Essa ideologia de governo foi indispensável para a acumulação de capital, pilar do capitalismo, mas também foi responsável pelo aumento astronômico da dívida pública nos países que adotaram essas políticas. O quadro abaixo compara a evolução da despesa pública em relação ao PIB nos países listados entre 1969 e 1981.

Países	1969	1981
Alemanha	19%	26%
França	16%	25%
Itália	16%	23%
Holanda	16%	30%
Bélgica	16%	28%
Inglaterra	15%	22%
Dinamarca	16%	27%

Fonte: OLIVEIRA (1998, p. 21-22).

As causas desse déficit público podem ser também imputadas ao envelhecimento da população, à corrida armamentista e, notadamente, à crise do petróleo a partir de 1973. Outro fator importante, no âmbito das relações internacionais, é o desmoronamento do bloco soviético, com a ascensão de Mikail Gorbachev e a implantação da *Glasnost* e da *Perestroika*. Dessa forma, não fazia mais sentido a manutenção do auxílio norte-americano ao *Welfare State*, como mecanismo de contenção do socialismo.

É nesse contexto que surgem as reações conservadoras ao Estado do Bem-Estar, iniciadas no período Thatcher–Reagan. A de maior abrangência e aceitabilidade foi sem dúvida o Consenso de Washington. Calcado na estabilização macroeconômica, na liberação financeira e comercial, desregulação dos mercados, e privatização de empresas estatais, o plano foi adotado, embora com intensidade e abrangência variadas, de norte a sul e de leste a oeste. Só para se ter uma idéia do alcance do plano, tomando como referência um item cerne do Consenso – as privatizações –, de acordo com o relatório do DEPARTAMENTO NORTE-AMERICANO DE ENERGIA (1996, p. 4), entre 1988 e 1993, mais de 2.700 empresas estatais em cerca de 95 países foram transferidas para a iniciativa privada, totalizando um montante de 270 bilhões de dólares em investimentos.

Assim, nos debates promovidos pelo Institute for International Economics, ocorridos em novembro de 1989, cujo tema foi “Latin American Adjustment: How much has happened?”, dá-se a origem do chamado *Washington consensus*, inspirador de políticas ‘neoliberais’ praticadas pelos governos na

década de 90. Posteriormente, os debates centraram-se na discussão de “circunstâncias favoráveis e nas regras de ação que poderiam ajudar um *tecnopol*¹ (países com corpos burocráticos mais estruturados) a obter o apoio político que lhe permitisse levar a cabo com sucesso”² o programa de estabilização e reforma econômica denominado Consenso de Washington. Esse programa, um plano único de ajustamento das economias periféricas, chancelado, novamente, pelo FMI, pelo BIRD e por outras agências internacionais, em mais de setenta países em todo o mundo, seria uma estratégia de homogeneização das políticas econômicas nacionais, operada ou diretamente por técnicos próprios daqueles Bancos (Somália, início dos anos 80), ou com a ajuda de economistas universitários norte-americanos (Bolívia, Polônia, Rússia), ou ainda por *tecnopols*, que poderiam utilizar-se do perfeito manejo do seu *mainstream*, somado à capacidade e força política, para implementar em seus países a mesma agenda do Consenso.

O programa se desenrolaria em três fases:

1^a – Estabilização macroeconômica – superávit fiscal primário, revisão das relações fiscais intergovernamentais e reestruturação dos sistemas de previdência pública;

2^a – Reformas estruturais – liberação financeira e comercial, desregulação dos mercados e privatização de empresas estatais;

3^a – Retomada dos investimentos e crescimento econômico.

Os insucessos das políticas monetaristas de estabilização nos países foram justificados, nos anos 80, pela falta do “fator-credibilidade” (tentativas de re-regulação do câmbio e dolarização) e, nos anos 90, pela falta do “fator-político” no sucesso ou no fracasso dos programas econômicos.

O “fator político” estaria intrinsecamente conectado às condições favoráveis à implementação do programa como: países em situação pós-catástrofe (guerra ou hiperinflação); falta de resistência oposicionista; liderança forte e capaz de ‘insularizar’ a oposição com relação às demandas sociais;

formação prévia de uma coalizão de poder suficientemente forte para controlar governos sustentados por maiorias parlamentares; situação que transmita credibilidade aos analistas de risco das grandes empresas de consultoria financeira.

FIORI (1997, p. 14) classifica o Plano Real brasileiro como integrante da “grande família dos planos de estabilização discutidos na reunião de Washington”, correlacionando os pontos do programa e suas condições favoráveis de implementação à realidade dos fatos ocorridos no Brasil: histórico de hiperinflação que desestruturou a oposição; eleição de liderança forte – o sociólogo Fernando Henrique Cardoso; formação de uma coalizão de poder em torno da liderança; permanência do plano de estabilização do FMI e das reformas preconizadas pelo Banco Mundial, transmitindo credibilidade aos atores. Assim as três fases do programa de estabilização e reforma econômica poderiam ser concretizadas.

A fase final de implementação do programa passa necessariamente por uma internacionalização do mercado interno, que deverá estar devidamente apoiada no ‘tripé’ de sustentação econômica de qualquer país *tecnopol* – associação econômica e política do empresariado nacional com os capitais internacionais e o Estado. Isso se dá porque a globalização não é um processo completamente apolítico, como vem sendo verificado desde os anos 80. Os ajustes nacionais necessariamente têm de levar em conta não tão-somente questões econômicas, mas também políticas, como as pressões de governos e organismos multilaterais sobre as economias periféricas.

Esse último ponto é central para o entendimento das tendências da aplicação dessas políticas nos Estados. O que se verifica hoje, à exceção de algumas experiências profícuas, é que há desilusão contagiante. Na América Latina – o caso da Argentina é paradigmático –, observa-se outra década de crescimento lento permeada por crises frequentes originadas na constatação de que não houve redução significativa da pobre-

za e aumento do nível de empregos; questões essas que colocam em cheque a legitimidade dos líderes políticos e a própria democracia. Não colabora para alterar essa situação um contexto de recessão mundial originada na desaceleração da economia americana (escândalos de contabilidade de grandes empresas, queda das bolsas e adoção de políticas unilaterais).

A despeito dessas constatações, o fato concreto é que as reformas foram implementadas praticamente em todas as economias em transição do mundo. Em maior ou menor grau, os países se viram estrangulados por uma crise fiscal sem precedentes e déficits de *performance* que alavancaram a necessidade de ajuste no papel do Estado. Ainda, as pressões advindas da consolidação da posição dos países em relação à globalização e a defesa da democracia direcionaram os países ao que Flávio da Cunha REZENDE (2002) chama de Agenda ‘Convergente’, o próprio Consenso de Washington.

As reformas nos anos 80, chamadas de primeira geração, centraram seu foco na resolução da crise econômica e no ajuste fiscal, por meio de cortes nos gastos públicos, reformas tributárias, liberalização econômica e comercial, desregulação e privatizações. As de segunda geração, por sua vez, anos 90, tinham o objetivo de promover a estabilidade macroeconômica, o que envolveria também a reforma das instituições públicas: mudanças nas relações trabalhistas, no Judiciário, no Legislativo, nos mecanismos regulatórios, no aparato fiscal e nas relações entre governos centrais e subnacionais.

Segundo Elaine KAMARCK (2001), no escopo de 123 países, entre 1980 e 90, 31% destes haviam experimentado reformas administrativas. Apesar do percentual considerável de adesão e da ajuda externa substancial (mais de 1.600 projetos – 5 a 7 bilhões de dólares por ano – do BIRD e BID em todo o mundo, entre 1997–2000, para reforma do Estado e *governance*), os resultados têm sido apontados como tímidos. Em 60% desses casos, utilizou-se de mecanismos inovadores

como a privatização e, em 40%, a descentralização. Onze por cento dos governos reduziram mais de um quarto dos empregos no setor público, o que é contrabalançado por outros 10% que aumentaram a quantidade de servidores. Apenas 6% criaram mecanismos de mercado na administração pública.

O resultado do estudo indica dois desafios para os países em desenvolvimento na implementação das reformas: primeiro, transformarem-se em organizações baseadas no modelo de *performance* e, segundo, distinguir mais adequadamente a formulação e a implementação de políticas públicas. John WILLIAMSON (2002), em Seminário realizado na Universidade de Brasília, lembra que o capitalismo é um sistema baseado na utilização da ganância para gerar benefícios sociais, apesar de, algumas vezes, falhar. Por isso, faz-se necessário fortalecer os mecanismos de regulação da atividade econômica. Ademais, reforça a idéia que depois de recessões sempre há recuperação.

A despeito dos problemas enfrentados hoje, ressalta a conquista da estabilidade econômica em muitos países, a razoável recuperação do crescimento e o progresso social, especialmente nas áreas de saúde e educação, apesar da continuação dos problemas de qualidade, como fatores positivos da implementação das reformas.

Isso posto, segundo WILLIAMSON (2002), o que os países subdesenvolvidos necessitam fazer é aprofundar ou completar as reformas de primeira geração supracitadas, pragmaticamente e não dogmaticamente, o que tornaria os países menos vulneráveis às crises. A flexibilização do mercado de trabalho é, indubitavelmente, o foco desse aprofundamento, segundo o professor. O desenho dessa flexibilização não poderia envolver, no entanto, um assalto aos direitos de propriedade. A via a ser seguida seria: a substituição das garantias trabalhistas pelo seguro desemprego; a mudança do sistema previdenciário para a definição de contribuições e não de

Quadro 1 – Reforma do Estado nos países em desenvolvimento por categoria de projeto financiado pelo Banco Mundial – 1997–2000

<i>Categoria do Projeto</i>	<i>Projetos</i>	<i>%</i>
<i>Reforma Institucional</i>	654	40,6%
<i>Sistema Legal e Judicial</i>	220	13,7%
<i>Descentralização</i>	182	11,3%
<i>Gestão Financeira</i>	156	9,7%
<i>Regulação de Mercados</i>	88	5,5%
<i>Multipropósitos</i>	85	5,3%
<i>Reforma do Funcionalismo Público</i>	83	5,2%
<i>Reforma de Empresas Públicas</i>	74	4,6%
<i>Reforma Tributária</i>	67	4,2%
<i>Total</i>	1609	100%

Fonte: KAMARCK (2001).

benefícios; e a flexibilização dos contratos de trabalho, entre outras medidas liberalizantes.

A implementação das reformas de segunda geração para a manutenção da estabilidade seria o objetivo central a ser amplamente proposto. Isso envolveria, primeira-

mente, o aprimoramento e fortalecimento da capacidade institucional, principalmente do Judiciário, e do setor financeiro, por meio da criação e manutenção da infra-estrutura institucional da economia de mercado, da provisão de bens públicos e da internaliza-

ção de externalidades. Outro ponto importante é a distribuição da renda. Ainda salienta outras formas de distribuir a renda que têm raiz em uma reforma ampla do sistema tributário, no incentivo à educação, na reforma agrária eficiente e no estímulo ao microcrédito. “O desafio hoje é aprender a dirigir uma economia de mercado para beneficiar a todos e não a somente uma minoria”.

Considerando esse *vade mecum*, o Governo da REPÚBLICA DE CABO VERDE (2001) elaborou uma estratégia nacional de desenvolvimento. Essa estratégia baseia-se em três elementos permanentes e estruturadores do desenvolvimento pretendido pela sociedade: (i) a inserção na economia internacional; (ii) o setor privado como motor do desenvolvimento; (iii) o desenvolvimento e afirmação da cultura nacional.

Essas diretrizes, por si mesmas, sinalizam o comprometimento político da nação com os pilares das reformas destinadas a redimensionar o papel do Estado em Cabo Verde.

3. Pequenos Estados, grandes realizações

O artigo *Ten lessons for economic development in small jurisdictions: the european perspective*³, produzido pelo *Institute of Island Studies*, vinculado à Universidade da Ilha do Príncipe Edward, Canadá, conclui que o desenvolvimento considerável de pequenos Estados, iniciado no período pós-Segunda Guerra, teve seu foco em quatro pontos principais: aproveitamento inteligente dos recursos primários; turismo; exportação de *know-how* e manufaturas de pequena escala.

A partir do estudo comparado de pequenos Estados como Luxemburgo, Isle of Man, Lichenstein, San Marino, Malta, Ilhas Maurício, Islândia, Ilhas Faroe, Ilhas Aland, Groelândia e a própria Ilha do Príncipe Edward, especialistas do Instituto apontam dez lições para pequenos Estados.

A primeira lição se relaciona com a mudança de uma cultura de dependência para outra voltada para a economia nacional. Para tanto, é necessário que esses Estados ga-

rantam, sob os olhos da comunidade internacional, um certo grau de confiabilidade *per se*. Isso perpassa a assunção de um princípio mor: a grandeza de escala não é garantia para a prosperidade. Somente dois dos dez maiores Estados do mundo são prósperos; o país de maior PIB *per capita* do mundo – Luxemburgo – tem uma população de 400.000 residentes; e, quando da análise reunida dos outros Estados pequenos, constata-se que o sucesso para esses países é uma tendência.

A segunda lição é que não necessariamente a transição para o desenvolvimento leva muito tempo. A maioria desses países vitoriosos começou sua transição somente vinte ou trinta anos atrás, a partir do período Pós-guerra. O que é importante constatar, portanto, é que não há impedimento estrutural para o desenvolvimento de pequenos Estados, como muitas vezes se observa nos grandes.

A terceira lição fundamenta-se em um plano estratégico de desenvolvimento, que envolva os conceitos de responsabilidade administrativa e ação local. Ressalta-se aqui a necessidade de afirmação *per se*. Tome-se como exemplo Malta, que sofria com a dependência britânica, mas, após a independência, em apenas quinze anos conseguiu, por meio de uma gestão eficiente baseada em um plano estratégico, negociar até mesmo auxílio do seu ex-colonizador.

Empowerment é o conceito-chave da quarta lição. Porém, mais do que apoiado em fórmulas macroeconômicas, o *empowerment* de países pequenos estaria associado ao lado psicológico da nação. O fomento ou o resgate da tradição, cultura e história do país seria elemento importante para o estímulo da confiança na comunidade.

A partir deste ponto, o que ensina a quinta lição é que se pode habilmente reverter o quadro do imperialismo de forma positiva. O que se observa nos países contemplados pelo estudo é que ocorre uma assimetria nas negociações bilaterais entre os estados pequenos e grandes. Muito disso se dá pela assimetria que provém dos custos e benefícios relativos da negociação entre esses países. O que pode ser considerado um custo

muito pequeno para um grande Estado traduz-se, muitas vezes, em benefícios consideráveis para os pequenos. Um exemplo disso é a forma praticamente sem custos como alguns países de pequeno porte têm garantido acesso ao mercado comum europeu e às concessões a produtos sensíveis.

Como esses países obtiveram o grau necessário de autonomia e confiança da comunidade internacional começa a ser explicado na lição seis: construção de um espaço econômico próprio. Os analistas insistem na necessidade de assegurar o acesso a mercados e investimentos externos e de fomentar um ambiente competitivo dentro das fronteiras nacionais. O objetivo é a inserção estruturada na economia global.

Outro recurso é o objeto da lição sete: paraísos fiscais. Com a minoração das taxas, esses países podem-se transformar em refúgios fiscais para investidores que desejam reduzir seus custos transacionais. Ademais dos aspectos negativos como a exposição excessiva a grandes agentes externos e ao 'dinheiro duvidoso', os *experts* atestam que, com a adoção desse direcionamento, mediante excelência constitucional e administrativa, pode-se atrair capital com uma certa margem de segurança.

Um ponto importante é ressaltado na lição oito. Nem sempre experiências de sucesso de outros países, ou modelos preconcebidos, aplicam-se paulatinamente a um país. O segredo está na adaptação dos recursos políticos, administrativos e empre-

sariais próprios para fazer o plano econômico transitório funcionar. Adicionalmente, é necessário que o setor privado nacional se sensibilize às demandas dos padrões internacionais de excelência para o sucesso da aplicação do modelo adotado.

O arremate está na lição nove que salienta a geografia e a ocorrência histórica de diásporas como um atributo econômico. A geografia estratégica pode fomentar, por meio da especialização da tecnologia de transportes e comunicação, a transformação das nações em importantes entrepostos comerciais, como é o caso de Malta (entre a Europa e o norte africano) ou de Luxemburgo (entre Alemanha e França). Além disso, o contato natural com cidadãos nacionais residentes em outros países, causa de diásporas freqüentes no passado, é indispensável para o desenvolvimento dessa interação. Ainda, esses não-residentes representam fonte de *expertise*, quando estimulados a voltar à sua terra natal, e ocasionalmente de renda, quando remetem proventos.

A lição dez reafirma que a produção nos micro-Estados não só é possível como de muito provável sucesso. Limitações de ordem de grandeza, recursos, força de trabalho, tecnologia e capital não representam tantos óbices quanto se imagina. Os quadros (2 e 3) abaixo demonstram sumariamente o sucesso das nações. As palavras-chave para esses Estados são: especialização; manufaturas; abertura comercial e fiscal; integração nacional e instituições sólidas.

Quadro 2 – Dados estatísticos comparados

País	Área (Km ²)	Pop.	Densidade (por Km ²)	PIB Agricultura/ Pesca ou Part. do Merc. de Trab.	PIB/ Indústria (incluindo Mineração)	PIB/ Serviços	Turismo	PIB per capita US\$
Islândia	103.000	267.727	2,6	30,2%	30,2%	57,8%	200.835	\$24.950
Andorra	467,7	64.479	--	21,3%	21,3%	77,9%	2.000.000	\$15.805
Luxemburgo	2.586	418.000	161,8	21,8%	21,8%	77,1%	484.000	\$41.210
Liechtenstein	160	31.143	194,6	46%	46%	52,5%	56.700	\$42.210
Malta	316	373.900	1.183	27,3%	27,3%	69,8%	1.000.000	\$7.970
Mônaco	1,95	29.972	15.370	27%	27%	73%	232.000	\$24.693
San Marino	60,5	25.058	414	43%	43%	55,4%	3.400.000	\$24.620

Fonte: SMALL (1998).

Quadro 3 – Nações e prosperidade

10 Maiores	População Mil	PIB per capita \$
China	1.220	620
Índia	929	340
Estados Unidos	267	26.980
Indonésia	197	980
Brasil	159	3.640
Rússia	148	2.240
Paquistão	136	460
Japão	125	39.640
Bangladesh	118	240
Nigéria	112	260

Fonte: SMALL (1998).

10 Menores	População Mil	PIB per capita \$
St Vicent	112	2.280
Tonga	98	1.630
Grenada	92	2.980
Kiribati	78	920
Seychelles	73	6.620
Dominica	71	2.990
Antigua & Barbuda	64	6.970
St. Kitts & Nevis	41	5.170
Tuvalu	11	330
Nauru	8	8.070

Na América Latina, segundo relatório do BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (2002), os progressos nas reformas e democratização do Estado foram significativos nas últimas décadas. No entanto, é apontada a fraqueza das instituições, especialmente das políticas, como um *downside* preocupante em termos de eficácia, *performance* e credibilidade. Essa fraqueza no âmbito institucional, político e normativo limita a participação dos cidadãos e desestimula a poupança, o investimento, o crescimento e a equidade.

Os sintomas da fraqueza são: a estrutura tradicional que ainda permeia as instituições governamentais; a precariedade no gerenciamento do setor público; a inadequação de políticas públicas; a obsolescência do sistema legal; e a deterioração dos sistemas de participação política.

O BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (2002) aponta, ainda, outras lições que poderiam ser incorporadas ao corolário de ajuda aos países periféricos. A primeira é que a modernização dos Estados deveria ser conceituada como um processo de reforma política orientada para a consolidação do sistema democrático. Segundo, a legitimidade do corpo de leis como um fator essencial para o funcionamento eficiente de uma economia de merca-

do. Terceiro, a reforma do Estado não deveria ser limitada ao Executivo, cobrindo toda a estrutura institucional e normativa, nas esferas social, política e econômica. Quarto, o desenvolvimento da capacidade institucional deveria ser objeto principal da reforma do Estado e da formulação de políticas sociais. Quinto, a necessidade de se obter o consenso da sociedade em geral, com suporte político, em torno da reforma do Estado. Sexto, a complementaridade entre a reforma do Estado e o fortalecimento da sociedade civil⁴ e a expansão do mercado. Sétimo, a ênfase no processo de descentralização das atividades do Estado. Oitavo, a importância da participação de instituições multilaterais durante todo o processo de implementação das reformas. E, finalmente, nono, a particularidade de algumas instituições, como as de gerenciamento monetário e fiscal, as legislativas e judiciárias, e, ainda, de autoridades eleitorais, regulatórias, supervisoras, de controle e de proteção ambiental, para o desenvolvimento sustentável da democracia.

A avaliação criteriosa de todas as lições apresentadas neste trabalho indica para uma visão pragmática, seletiva, gradual e adaptativa acerca da implementação de reformas de Estado.

No que diz respeito ao continente africano em geral, documento de 1999 do Banco

Mundial (MADAVO, 1999) estabelecia o seguinte: primeiramente, uma nova abordagem se faz necessária, pois ninguém está satisfeito com os resultados na África nem, de maneira geral, com o desempenho das instituições de auxílio, como o próprio Banco Mundial. Em segundo lugar, essas instituições necessitariam fortalecer sua missão de reduzir a pobreza, a qual foi enfraquecida durante os anos 80 e começo dos 90, quando se expandiu a agenda, particularmente do Banco Mundial. Terceiro, essas instituições tinham que passar a liderança aos governos, tendendo mais à posição de apoiadores e criando espaços para a atuação de outras agências, ONGs e do setor privado.

Resumidamente, é preciso soltar as amarras e permitir aos africanos cometer seus próprios erros. A nova maneira de pensar, pós-ajuste, levou diretamente às mudanças implementadas na região africana, nos últimos três anos⁵.

4. Sobre as condições para a reforma do Estado em Cabo Verde

Onde houver vontade política e determinação governamental para a implementação de reformas, a assistência técnica para o desenvolvimento resultará em crescimento, sustenta o Banco Mundial. Cabo Verde apresenta ambas condições para a continuação de um processo de reforma do Estado; para não mencionar claro e forte comprometimento das autoridades governamentais e altos dirigentes do setor público com a modernização do Estado. Ao lado dessas condições políticas, deve-se ressaltar outras igualmente importantes. Cabo Verde foi o único país africano onde houve alternância de poder entre situação e oposição, por duas vezes, sem ruptura política. Mesmo a transição do colonialismo para a independência ocorreu pacificamente. Sem dúvida esse aspecto da cultura política cabo-verdiana constitui fator altamente propício à implementação de mudanças que favoreçam o desenvolvimento e a democracia.

Segundo enquete anual realizada sobre a liberdade no mundo, somente oito nações da África sub-Sahariana foram consideradas 'livres'. Cabo Verde é uma delas. As outras sete são: Benin, Botswana, Ghana, Mali, Mauritius, Namíbia e África do Sul⁶.

Em geral, a democracia e a economia de mercado se adaptam muito bem aos países. Além do mais, as condições políticas estão a favor da institucionalização desses modelos políticos e econômicos.

A opinião pública por toda a África parece preferir a democracia ao invés de alternativas autoritárias. Pesquisas realizadas pelo projeto Afrobarometer em doze países africanos entre 1999 e 2001 revelaram que 69% dos entrevistados em todos esses países “preferem a democracia a qualquer outro regime político”. Enquanto 12% concordam com a proposição de que “em certas situações um governo não-democrático pode ser preferível”. Ademais, 58% de todos os entrevistados declararam estar “razoavelmente satisfeitos” ou “muito satisfeitos” com “a maneira como a democracia funciona no seu país”⁷.

Um alvo importante para as reformas estruturais deve ser a desintervenção governamental na economia, na extensão possível e desejada. O estágio atual em que o Estado se encontra pode constituir, algumas vezes, um obstáculo para o desenvolvimento do setor privado. Controle burocrático excessivo e burocracia estão entre os fatores que barram o crescimento econômico.

Em Cabo Verde, a reforma do setor público é um projeto de Governo, com um alto grau de comprometimento da coletividade governamental. A estratégia para a implementação deve contemplar medidas ortodoxas e heterodoxas, a adaptação da reforma do Estado às peculiaridades de cada país e não o contrário, um amplo debate nacional acerca do novo papel do Estado e das funções e instituições do Governo, e uma idéia clara sobre a reforma do Estado, no sentido da reforma fiscal, da reforma política, da reforma legislativa e da reforma do Judiciário, e não só uma reforma administrativa.

De maneira geral, democracia e economia de mercado são bem aceitas em Cabo Verde. Por sua vez, as condições políticas do país são favoráveis à institucionalização e ao aprofundamento desses modelos políticos e econômicos; sendo que uma importante meta no processo de reformas estruturais dever ser a busca de mecanismos políticos e institucionais que contenham a excessiva intervenção do governo na economia.

5. Considerações finais

Ao contrário do que alguns afirmam, a reforma do Estado não tem como foco o enfraquecimento do Estado, mas sim o fortalecimento seletivo do Estado. As mudanças, por sua vez, são desafios de longa duração concebidos para melhorar a capacidade do Estado de promover a democracia, o desenvolvimento econômico, a justiça social e a redução da pobreza.

Examinando diferentes situações, não se pode apontar a culpa pelos fracassos ou sucessos das reformas numa só direção. Nem o êxito do caso chileno nem o fracasso do modelo argentino têm, no 'receituário' do Consenso de Washington, a razão isolada para o resultado positivo ou negativo, embora contribuisse tanto para um como para outro.

Quanto ao papel do Estado, a situação não é diferente. Há um consenso cada vez mais forte em torno de algumas atribuições monopolísticas a serem desempenhadas pelo Estado nacional, independentemente da matriz ideológico-partidária de um governo transitório.

Hoje, tanto os governos liberais como os social-democratas reconhecem a importância do mercado, até mesmo para a realização de suas metas sociais e de redistribuição de renda.

Por outro lado, as reformas estruturais vêm acontecendo em países de regimes políticos e culturas políticas tão diferentes como China e Brasil, por exemplo; o primeiro praticando o fechamento político simultaneamente à abertura econômica e o segun-

do implementando as mudanças ao sabor das pressões típicas da democracia e dos interesses político-partidários, dificultadas pela prática de um presidencialismo de coalizão.

A tendência política em relação ao papel do Estado parece ser a de acompanhar o movimento pendular de retorno ao Estado necessário; longe tanto do coletivismo soviético, como do fundamentalismo de mercado. Essa busca da racionalidade quanto à adequada dimensão do Estado encontrará em políticas públicas pragmáticas uma âncora segura para o desempenho eficiente de sua tarefa precípua, e razão de sua existência, que é a promoção do bem comum.

O 'retorno do *pendulum*' parece cada vez mais evidente para contrabalançar os exageros, às vezes indiscriminado, na adoção de modelos de reforma que muitas vezes não levaram em conta os aspectos culturais, históricos e políticos de diferentes pólis. Não que se vá retornar ao dirigismo estatal na política ou na economia. Mas também que não adote indiscriminadamente regimes políticos e econômicos sem que se faça, obviamente, a necessária redução sociológica, no dizer de Guerreiro Ramos. A adoção precoce de determinadas fórmulas administrativas para o setor público ou para a economia tem sido um mal a trabalhar contra o próprio modelo, muitas vezes positivos em si mesmos, quando adotados no tempo certo.

Pelo que se avizinha politicamente para esta década, é de se supor uma 'meia-volta' no sentido da retomada do papel do Estado, e do seu fortalecimento, naquelas atribuições que sempre foram suas funções clássicas. A idéia do Estado mínimo está em declínio, embora isso não signifique o retorno do Estado máximo. Novamente, a discussão em torno do papel e do tamanho do Estado não deve obedecer a rigorosos dogmas ou ideologias políticas, devendo girar, portanto, ao redor de questões mais pragmáticas, voltadas para o desenho de um arcabouço institucional e para o estabelecimento de um aparato estatal capazes de fazer valer o que realmente interessa: o adequado funci-

onamento do Estado Democrático de Direito; a promoção da justiça social; a estabilidade macro-econômica e o desenvolvimento.

Cada vez mais prevalece, no entanto, a necessidade de implementação de políticas públicas baseadas no pragmatismo, esquivando-se do debate ideológico e das tentações dogmáticas. Ao menos nestes tempos de crise das ideologias.

Notas

¹ Nota do autor que o processo de globalização e seu impacto sobre a redemocratização, revitalizou a importância da sociedade civil no contexto da redefinição do papel do Estado. Peter Evans sustenta que as novas perspectivas de governança que realçaram o papel potencial da sociedade civil, propiciaram um bom complemento ao aspecto econômico da ideologia anglo-americana. Mesmo que não fosse uma perspectiva global por si mesma, se encaixaram adequadamente na nova ordem global. O triunfo político de uma nova ordem anglo-americana, centrada no princípio do *stateless*, da forma como se refletiu na implosão das sociedades socialistas, foi um importante impulso para o carisma da sociedade civil. Diz ainda Evans que a revitalização da sociedade civil foi caracterizada, ao menos pelos conservadores, como a solução dos aspectos políticos e sociais do bem-estar público, o que poderia tornar o Estado antiquado, da mesma forma que os mercados tornaram o Estado economicamente obsoleto. Assim como a economia política neoclássica negou o papel do Estado no desenvolvimento de uma sociedade mais produtiva e eficiente, o crescente carisma da sociedade civil (...) negou a habilidade do Estado em dirigir-se para necessidades não-mercado-lógicas.

² Os vice-presidentes dessa região africana (Subsahariana), Callisto Mandavo e Jean-Louis Sarbib, foram indicados em 1996 com uma extensa agenda para reformular o trabalho feito na África e como essas instituições se relacionam com os africanos.

³ Freedom House 2002 (BARKAN, 2002, p. 72-77).

⁴ Afrobarometer 2001 (BARKAN, 2002).

Bibliografia

BARKAN, Joel D. *Democracy in África: what future?* *Harvard International Review*, Cambridge, v. 24, n. 2, p. 72-77, Summer 2002.

CALDAS, Ricardo W.; PEIXOTO, João Paulo M. *Regimes políticos, eleições e reformas econômicas*: de João Figueiredo a Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

EVANS, Peter. *The Eclipse of the state? Reflections on stateness in an era of globalization*. Berkeley: University of California, 1997. Paper

FIORI, José Luís. *Os moedeiros falsos*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. New York: The Free Press, 1992.

GIDDENS, Anthony. *Third way politics*. London: [s. n.], 1999.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO= INTER AMERICAN DEVELOPMENT BANK. *Profile for sector strategy: modernization of State*. [S. l.: s. n.], 2002.

KAMARCK, Elaine. *Report*. Washington D.C.: World Bank, 2001. Não publicado.

KRUEGER, O. Anne (Ed.). *Economic policy reform: the second stage*. Chicago: The University of Chicago Press, 2000.

MADAVO, Callisto. *Renewing the role of the World Bank in Africa: the crisis of development in Africa*. Notre Dame: BID, 1999. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:20059875~menuPK:34475~pagePK:34370~piPK:34424~theSitePK:4607,00.html>>. Acesso em: [200_?].

MILNE, David. *Ten lessons for economic development in small jurisdictions: the european perspective*. [S. l.]: University of Prince Edward Island: Institute of Island Studies, 2000. *Lessons from the Edge*. Disponível em: <http://www.upei.ca/~iis/rep_dm_1.htm>. Acesso em: [200_?].

NONNEMAN, Gerd (Ed.). *Political and economic liberalization: dynamics and linkages in comparative perspective*. Boulder, CO: Lynne Rienner Publishers, 1996.

OLIVEIRA, Francisco. *Os direitos do anti-valor: a economia política da hegemonia imperfeita*. Petrópolis: Vozes, 1998.

PEIXOTO, João Paulo M. (Ed.). *Reforma e modernização do Estado no Brasil*. Sobral, CE: Edições UVA, 2000.

REPÚBLICA DE CABO VERDE. Ministério das Finanças e Planeamento. *As grandes opções do plano: uma proposta para o futuro*. Mensagem da Sua

Excelência, o Senhor Primeiro Ministro, Dr. José Maria Neves. Out. 2001.

REZENDE, Flávio da Cunha. A reforma do estado em perspectiva comparada. In: SEMINÁRIO BALANÇO DA REFORMA DO ESTADO NO BRASIL: A NOVA GESTÃO PÚBLICA, 2002, Brasília. [Anais...] Brasília: [s. n.], 2002.

SMALL but perfectly formed. *The Economist*, London, 3 Jan. 1998.

VELLINGA, Meno (Ed.). *The changing role of the State in Latin America*. Boulder, Co: Westview Press, 1998.

WILLIAMSON, John. In: SEMINÁRIO MUDANÇAS POLÍTICAS E ECONÔMICAS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA: BALANÇO E PERSPECTIVAS (1990-2002), 2002, Brasília. [Anais...] [Brasília: s. n.], 2002.

_____. (Ed.). *The political economy of policy reform*. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1994.

_____. (Ed.). *The progress of policy reform in Latin America in Latin American Adjustment: how much has happened?* Washington: Institute of International Economics, 1990.

Os EUA e o Tribunal Penal Internacional

Joanisval Brito Gonçalves

Sumário

1. Introdução. 2. A oposição dos EUA ao TPI. 3. O ASPA. 4. Ações junto à Comunidade Internacional. 5. Por que os EUA não devem temer o TPI. 6. Conclusões.

1. Introdução

Em 1º de julho de 2002, um mês após o depósito da 60ª ratificação¹, entrou em vigor o Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional (TPI). O TPI será a primeira corte permanente² com jurisdição sobre pessoas, incluindo líderes governamentais e membros das forças armadas, acusados de cometerem graves violações a direitos humanos e direito internacional humanitário³. Trata-se de um grande avanço para a justiça e paz mundiais, além de instrumento de relevância para a cooperação entre os Estados e a salvaguarda dos direitos humanos no plano internacional.

Até junho de 2003, noventa Estados já haviam ratificado o Estatuto de Roma⁴, e a previsão é de que se chegue a mais de cem ratificações até 2004. A entrada em vigor do referido texto ocorreu em tempo recorde, o que demonstra a vontade política das nações em criar uma jurisdição penal internacional. Apesar de contar com o apoio de dezenas de países, entre os quais grandes potências como a Grã-Bretanha, a França e a Alemanha, o TPI ainda terá que enfrentar o que talvez seja considerado o maior dos desafios para a instituição: a oposição dos

Joanisval Brito Gonçalves é Consultor do Senado Federal para a Área de Relações Exteriores e Defesa Nacional, Advogado e Professor dos cursos de Relações Internacionais e Direito Internacional em Brasília-DF.

Estados Unidos da América. Por que a Administração Bush repudia tanto o TPI? Quais os argumentos e as ações dos estadunidenses contrários ao Tribunal? São procedentes as reticências dos EUA?

2. A oposição dos EUA ao TPI

Atualmente, a maior Potência do globo é, sem dúvida, o maior opositor do TPI. Apesar de um dos principais protagonistas nos tribunais penais internacionais *ad hoc* ao longo da História – Nuremberg, Tóquio, ex-Iugoslávia e Ruanda –, os EUA não viam com bons olhos o estabelecimento de uma corte penal permanente. Na Conferência de Roma de 1998, para o estabelecimento do TPI, os norte-americanos enviaram a maior delegação, a qual foi responsável por várias mudanças no texto do Estatuto de Roma. Não obstante, ao final do evento, os EUA votaram contra o Estatuto de Roma e o estabelecimento do TPI.

Posteriormente à Conferência de Roma, a Administração Clinton chegou à conclusão que a melhor maneira de evitar que o TPI se tornasse ameaça aos interesses estadunidenses seria fazendo com que os EUA aderissem ao Tribunal. Assim, em 31 de dezembro de 2000, o Presidente Bill Clinton assinou o Estatuto de Roma, apesar de não ter havido qualquer iniciativa de submeter o tratado à aprovação do Senado estadunidense.

A Administração Bush, por sua vez, tem demonstrado uma percepção diferente acerca do TPI. Desconsiderando a política de “engajamento preventivo” de seu antecessor, o Governo Bush considera o estabelecimento do TPI uma ameaça à soberania dos EUA e à segurança de suas tropas que atuam internacionalmente. E, com os atentados de 11 de setembro e a nova política externa de aumento da presença militar norte-americana pelo globo, a aversão intensificou-se, e as autoridades dos EUA mostram-se categóricas ao declararem que não admitirão que seus nacionais possam vir a ser julgados pelo TPI.

Em 6 de maio de 2002, os EUA retiraram sua assinatura do Estatuto de Roma – conduta sem precedentes e com grande potencial de desestabilização do sistema jurídico internacional⁵. Novas ações danosas ao TPI foram conduzidas pelo Governo Bush junto ao Congresso dos EUA, ao Conselho de Segurança da ONU e a diversos países isoladamente – sob a forma de propostas de acordos bilaterais. Tudo isso com o objetivo de garantir que nenhum político ou militar norte-americano pudesse ser submetido à jurisdição da Corte.

3. O ASPA

O Presidente George W. Bush assinou, em 02 de agosto de 2002, o *American Service Members’ Protection Act (ASPA)*, considerado por alguns defensores do TPI a doutrina dos EUA perante à Corte. A referida lei, proposta inicialmente por congressistas republicanos ainda durante o governo Clinton, rejeita qualquer jurisdição da Corte sobre cidadãos norte-americanos, proíbe a cooperação dos EUA com o TPI e autoriza o Presidente a usar de todos os meios que julgue necessários para impedir que qualquer pessoa nacional dos EUA ou de seus aliados seja detida ou aprisionada pelo TPI. Essa medida verdadeiramente autoriza o Chefe de Estado norte-americano até a violar o Direito Internacional em nome dos interesses de segurança nacional da Superpotência.

Ademais, o ASPA proíbe qualquer assistência militar à maior parte dos Estados que tenham ratificado o Estatuto de Roma. A lei dispõe que, um ano após a entrada em vigor da Corte, não poderá ser fornecida pelos EUA assistência militar a um Estado parte do TPI, ressalvadas as ações justificadas pelo interesse nacional norte-americano⁶. O Presidente também está autorizado pelo Congresso estadunidense a rever a interdição caso o Estado a ser assistido tenha um acordo com os EUA que proíba explicitamente a entrega de um cidadão norte-americano ao TPI⁷.

O ASPA também restringe a participação estadunidense nas operações de paz da ONU. A lei estabelece que as forças norte-americanas só poderão atuar em missões de paz em território de Estados não-signatários do TPI. Entretanto, o Presidente dos EUA pode permitir a participação de tropas de seu país em tais operações de manutenção de paz nas seguintes condições: se o Conselho de Segurança garantir, por meio de uma Resolução, a imunidade das forças armadas norte-americanas; se o TPI não tiver jurisdição sobre o território das operações militares ou se existir um “acordo de imunidade” – nos termos do art. 98 do Estatuto de Roma – entre os EUA e o Estado onde se realizam as operações de paz; ou, ainda, se houver a justificativa do interesse nacional para o envio de forças estadunidenses como *peacekeepers*⁸.

Portanto, o ASPA, também chamado por alguns de seus críticos como o *Hague Invasion Act*⁹, dá ao Presidente dos EUA plenos poderes para decidir se o país deve cumprir seus compromissos internacionais, independentemente das obrigações assumidas com organismos como a ONU ou a OEA. Além disso, representa a declaração formal da pretensão do país em se mostrar contrário a qualquer colaboração com o TPI¹⁰.

4. Ações junto à Comunidade Internacional

No âmbito das Nações Unidas, a hostilidade dos EUA para com o TPI também tem sido significativa. Pouco antes da entrada em vigor do Estatuto de Roma, o país ameaçou vetar quaisquer futuras missões de paz da ONU, caso não fossem dadas garantias formais de que os cidadãos norte-americanos estariam imunes à jurisdição da Corte. Mesmo não conseguindo essa imunidade, tiveram êxito ao obterem do Conselho de Segurança da ONU a Resolução 1422, que excluía da competência do Tribunal todo o pessoal oriundo de Estados não-signatários do Estatuto de Roma envolvido em opera-

ções de paz da Organização das Nações Unidas, com destaque para os nacionais dos EUA. Essa decisão do Conselho de Segurança deve ser revista a cada ano, no dia 1º de julho.

A Resolução 1422 altera a competência do TPI e viola o art. 16 do Estatuto de Roma¹¹, que permite ao Conselho de Segurança suspender a instauração ou o prosseguimento de um inquérito ou de um procedimento, nos limites do próprio Estatuto. A referida resolução pode também se constituir em precedente para outras modificações de convenções internacionais em virtude de decisões políticas do Conselho de Segurança¹², tendo sido condenada por instituições internacionais e regionais como o Conselho Econômico e Social da ONU e o Parlamento Europeu.

Finalmente, o Departamento de Estado norte-americano iniciou uma campanha junto aos membros da comunidade internacional – inclusive os Estados signatários do TPI – para obter acordos bilaterais pelos quais esses países se comprometeriam a não entregar àquela Corte funcionários do governo dos EUA – civis e militares – acusados de crimes de guerra e outras violações ao Estatuto de Roma¹³. Apesar das críticas de especialistas em Direito Internacional e dos defensores do TPI, os norte-americanos argumentam que esses acordos teriam por base o art. 98 do Estatuto:

Artigo 98

Cooperação Relativa à Renúncia, à Imunidade e ao Consentimento na Entrega

(...)

2. O Tribunal pode *não dar seguimento à execução de um pedido de entrega* por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem *em virtude de acordos internacionais à luz dos quais o consentimento do Estado de envio é necessário para que uma pessoa pertencente a esse Estado seja entregue ao Tribunal*, a menos que o Tribunal con-

siga, previamente, obter a cooperação do Estado de envio para consentir na entrega [grifos nossos].

O art. 98 foi elaborado com objetivo de evitar quaisquer conflitos entre o Estatuto de Roma e acordos internacionais existentes à época da instituição do TPI. Houve o reconhecimento das garantias prévias, oriundas de acordos por meio dos quais os Estados teriam-se obrigado a entregar acusados somente ao país de origem dos mesmos. Assim, o referido artigo buscou evitar o conflito entre esses acordos e a cooperação com o TPI, e conseqüente violação do direito internacional.

Desde fins de julho de 2002, os EUA vêm buscando negociar “acordos de imunidade” com países europeus, latino-americanos, asiáticos e da Oceania, com o objetivo de impedir que cidadãos norte-americanos possam ser entregues ao TPI. Os referidos acordos têm diferentes versões, conforme seja a outra parte signatária ou não do Estatuto de Roma. Enquanto uma versão do acordo é recíproca e estabelece garantias a ambas as partes de que seus nacionais não serão entregues à Corte sem o consentimento das mesmas, outra é unilateral, e proíbe a entrega apenas de cidadãos estadunidenses.

Há ainda a versão destinada aos países não-signatários do Estatuto de Roma, com um parágrafo adicional pelo qual “cada Parte aceita, sob reserva de suas obrigações jurídicas internacionais, não facilitar, consentir ou cooperar com os esforços de qualquer parte ou qualquer Estado terceiro de extraditar, entregar ou transferir ao TPI uma pessoa oriunda da outra Parte”. Em outras palavras, o acordo estabelece que as partes não deverão cooperar com a Corte Penal Internacional.

Mesmo com as críticas internacionais aos “acordos de imunidade” ou “acordos do art. 98”, como também são conhecidos, trinta e sete países já haviam celebrado esses instrumentos bilaterais com os EUA¹⁴, até junho de 2002. Segundo a Coalizão In-

ternacional de Organizações Não-Governamentais pela Implementação do TPI (CICC)¹⁵, vários especialistas governamentais, não-governamentais e acadêmicos informaram que o art. 98 do Estatuto de Roma não pode ser tomado como base para os “acordos de imunidade” propostos pelos EUA, e que tais instrumentos são vedados pelo Estatuto. A ratificação desses acordos conduziria os Estados a uma violação do direito internacional e os membros do TPI a uma contra-venção ante as obrigações assumidas sob a égide do Estatuto de Roma.

De acordo com o art. 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, pode-se “recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão”, a fim de confirmar o sentido dos termos de um tratado, ou ainda quando esses termos deixam o texto “ambíguo ou obscuro” ou para se argüir contra interpretação que conduza a um resultado que seja manifestamente “absurdo ou desarrazoado”. Daí que acordos concluídos sob a interpretação estadunidense do art. 98 (2) conduziriam a um resultado absurdo e desarrazoado de permitir aos Estados violarem o princípio fundamental da Carta de Roma, segundo o qual quem – não importando sua nacionalidade – tiver cometido genocídio, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade no território de um Estado parte do Estatuto de Roma estará submetido à jurisdição do TPI (FÉDÉRATION INTERNACIONALE..., 2002?).

Ressalte-se, ademais, que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados estabelece, em seu art. 31, que “um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”, o que reforça a idéia de que a interpretação dos EUA do art. 98 é desarrazoada e vai de encontro a disposições basilares do Estatuto como, por exemplo, a proibição de imunidades à jurisdição do TPI e a vedação de reservas ao Tratado de Roma.

Os acordos propostos pelos EUA constituiriam, no mínimo, reservas ao Estatuto de Roma¹⁶.

A Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa conclamou os países membros e observadores do Conselho a não ratificarem acordos de imunidade como os propostos pelos EUA. Em 26 de setembro de 2002, o Parlamento Europeu também condenou os referidos acordos. Suíça e Noruega se recusaram a assinar qualquer tipo de tratado que viole o Estatuto de Roma, o mesmo fazendo o governo japonês. Até o Canadá, parceiro natural dos EUA, diverge do governo Bush em relação ao TPI. Apesar dessas reações à conduta estadunidense, a pressão dos EUA continua, inclusive na América Latina. Ademais, ainda que a maior parte dos europeus já tenha-se posicionado contra os acordos, os EUA recebem algum apoio de países como a Itália e a Espanha. Esse quadro só contribui para a instabilidade do sistema jurídico internacional.

5. Por que os EUA não devem temer o TPI

A maioria dos norte-americanos sabe pouco acerca do TPI e do Estatuto de Roma. Mesmo nos círculos do governo e no meio jurídico, ainda há o desconhecimento sobre os objetivos e as prerrogativas da Corte Penal Internacional, o que conduz ao temor, fruto da ignorância, e à oposição preconceituosa ao TPI (FARREL, 2002, p. 19). De fato, a rejeição por parte dos EUA a uma corte penal permanente é injustificada.

Em primeiro lugar, deve-se ter sempre em mente que o TPI não é uma Corte que terá jurisdição sobre todos os crimes que ocorreram em âmbito internacional. De acordo com o Estatuto de Roma, o Tribunal vai restringir-se aos delitos de maior gravidade com alcance internacional¹⁷, quais sejam, o crime de genocídio, os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e, após a tipificação deste delito, o crime de agressão. Assim, não será da competência do TPI todo crime

que tiver umnexo internacional, como o terrorismo ou o tráfico de drogas. A Corte não se encarregará de crimes comuns, mesmo que tenham sido cometidos por membros de forças armadas estacionadas em territórios de Estados partes do Tratado.

Vale lembrar também que tais crimes sob competência do TPI não são novos. Os crimes de guerra já estão previstos no ordenamento jurídico internacional desde o século XIX, enquanto os crimes contra a humanidade, o delito de genocídio e o crime de agressão foram considerados encargos principais no processo dos grandes criminosos de guerra perante o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (1945-1946) e nos julgamentos subsequentes dos criminosos de guerra do Eixo, derrotado na II Guerra Mundial (GONÇALVES, 2001). Os princípios de Nuremberg foram incorporados ao ordenamento jurídico internacional ainda na década de 1940 e reafirmados nos Tribunais Internacionais de Ruanda e da ex-Iugoslávia. São condutas condenadas por todos os povos e nações e não há regime jurídico que não as considere deploráveis.

Mesmo já sendo os delitos de competência do TPI tipificados pelo direito internacional humanitário, a competência da Corte não é retroativa, ou seja, o TPI só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto de Roma (1º de julho de 2002). Ademais, o art. 11 do Estatuto deixa claro que “se um Estado se tornar parte no presente Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação aos crimes cometidos depois da entrada em vigor do presente Estatuto relativamente a esse Estado”. Portanto, ninguém pode ser processado e julgado pelo Tribunal por condutas cometidas antes de 1º de julho de 2002.

Outro aspecto importante acerca da jurisdição do TPI refere-se ao princípio da complementaridade. Por esse princípio, a jurisdição do Tribunal tem caráter excepcional e é complementar à dos Estados – inclusive

daqueles que não sejam signatários do Estatuto de Roma –, só podendo ser exercida quando se verificar manifesta incapacidade ou falta de disposição de um sistema judiciário nacional para exercer a jurisdição primária sobre os crimes previstos no Estatuto (BRASIL, 2002). Assim, qualquer país que tenha um Poder Judiciário legítimo e que exerça suas atribuições jurisdicionais precípuas de acordo com princípios basilares de direito não terá necessidade de entregar qualquer pessoa à jurisdição internacional.

Portanto, apenas em situações em que o judiciário doméstico seja incapaz de exercer suas atribuições – *v.g.*, em virtude de inexistência ou fragilidade dessas cortes por ocasião de graves distúrbios institucionais no país – ou quando haja interesse injustificado por parte do Estado em não processar os acusados dos delitos previstos no Estatuto de Roma – no caso, por exemplo, de países que acobertem tais criminosos – é que o TPI exercerá sua jurisdição. Daí que, em vez de uma ameaça às autoridades judiciárias nacionais, o TPI é uma garantia de que grandes criminosos que tenham ingerência sobre as instituições domésticas de seu país não ficarão impunes.

Deve-se considerar, ainda, que o TPI tem por objetivo levar à justiça figuras-chave que tenham perpetrado grandes crimes contra o direito humanitário. Ainda que qualquer soldado-raso possa ser processado, o foco da Corte incidirá em lideranças civis e militares responsáveis pelos delitos previstos no Estatuto, como aconteceu no primeiro Tribunal de Nuremberg¹⁸ e no Tribunal de Tóquio¹⁹. Claro que não se criaria um tribunal internacional para substituir cortes marciais legítimas. O TPI se ocupará de grandes violadores do direito humanitário, como seria o caso de Pol Pot, do Camboja, Slobodan Milosevic, na ex-Iugoslávia, e dos senhores da guerra de Ruanda e da Somália, se a Corte existisse à época de seus crimes.

Pouca validade tem o argumento dos EUA de que seus soldados poderiam sofrer

“perseguição política” do TPI. A ameaça de motivação política nos processos perante a Corte é insignificante, uma vez que a estrutura do Tribunal e os dispositivos do Estatuto de Roma trazem diversas garantias quanto a isso. Acrescente-se a salvaguarda conseguida pelos norte-americanos à época da elaboração do Estatuto de Roma, segundo a qual o Conselho de Segurança da ONU tem capacidade de suspender o andamento de um processo perante o TPI. Há, portanto, um controle político por parte do Conselho de Segurança, do qual os EUA são membros permanentes e com direito a veto. Entre os países com grande capacidade de intervir politicamente nos processos perante o TPI estão, sem dúvida, os EUA.

6. Conclusões

Os EUA não têm qualquer motivo para temer o TPI. O Tribunal jamais exercerá sua jurisdição sobre cidadãos norte-americanos se os próprios EUA tiverem interesse em processar esses indivíduos. E qualquer nação que se diga defensora do direito internacional e dos direitos humanos e que condene as violações ao direito humanitário estará sendo incoerente ao rejeitar o Estatuto de Roma.

Desde o Tribunal dos Grandes Criminosos de Guerra de Nuremberg até as Cortes Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, os EUA se mostraram sempre preocupados em levar a justiça aos promotores de crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade. Mesmo hoje, não raro as autoridades estadunidenses se pronunciam pelo julgamento perante a comunidade internacional de ditadores como Saddam Hussein. Ao rejeitarem o TPI, os EUA estariam a renegar uma história em defesa da justiça internacional contra criminosos de guerra. Ademais, a Superpotência não pode continuar repudiando o TPI e rejeitando sua jurisdição, se quiser exigir julgamentos internacionais para ditadores como Saddam Hussein.

Qualquer nação que confie em seu Poder Judiciário e que defenda a Justiça e a Paz internacionais não pode se opor à Corte estabelecida pelo Estatuto de Roma. Cerca de uma centena de Estados soberanos já se mostraram favoráveis ao TPI, pois seus governos estão cientes de que o referido Tribunal é mais uma garantia para as instituições democráticas dos membros da comunidade internacional e um instrumento para evitar que autores de crimes contra a humanidade fiquem impunes. Negar o TPI, portanto, será negar o próprio Direito Internacional no século XXI.

Notas

¹ Conforme o art. 126 do Estatuto de Roma.

² Além de permanente, o TPI será uma instituição autônoma, vinculada ao Sistema da Organização das Nações Unidas por meio de um tratado.

³ Entre os delitos da competência do TPI estão o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, cometidos após a entrada em vigor do Estatuto. Cite-se ainda o delito de agressão, que será da competência do TPI após sua tipificação.

⁴ O Brasil assinou o Estatuto de Roma em 7 de fevereiro de 2000. Com a aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 112, de 6.6.2002, o instrumento de ratificação foi depositado pelo governo brasileiro em 20 de junho do mesmo ano, passando o Estatuto a vigorar para o Brasil a partir de 1º de setembro de 2002. O Decreto nº 4.388, de 25.09.2002, publicado no DOU de 26.9.2002, promulgou o Estatuto de Roma.

⁵ Israel fez o mesmo algum tempo depois.

⁶ A cláusula de não-assistência não é aplicável aos membros da OTAN, e aos “aliados essenciais, ainda que não membros da OTAN” (Austrália, Egito, Israel, Japão, Jordânia, Argentina, Coreia do Sul, Nova Zelândia, Taiwan).

⁷ Nos moldes dos acordos baseados no art. 98 do Estatuto de Roma. Esse assunto será analisado a seguir.

⁸ “Peacekeepers”, em sentido geral, são os efetivos que atuam nas operações de paz da ONU.

⁹ Essa denominação é em virtude do dispositivo que autoriza o Presidente dos EUA a utilizar todos os meios necessários e apropriados para libertar um cidadão norte-americano detido pela CPI, cuja sede será em Haia, na Holanda.

¹⁰ O ASPA veda inclusive a colaboração das Cortes e Juízes de quaisquer instâncias do Poder Judiciário dos EUA com o TPI.

¹¹ Art. 16. Nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições.

¹² Vide o interessante documento *Non à l'Exception Americaine*, publicado pela Federação Internacional de Direitos Humanos (FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME, 2002?).

¹³ Para as observações acerca do art. 98 do Estatuto de Roma, tomamos por base o excelente texto produzido pela Coalizão pelo Tribunal Penal Internacional (COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2---?) intitulado *U.S. so-called “article 98” agreements*.

¹⁴ Destaque-se aí Honduras, República Dominicana, Maurítania, Timor Leste, Tadjiquistão, Israel e, mais recentemente, a Romênia.

¹⁵ A página da CICC na internet é www.iccnw.org.

¹⁶ “The key argument is that otherwise any State Party to the Statute could, by the simple device of concluding treaties of this kind, redefine, limit or even opt out unilaterally its obligations under the Rome Statute – something which it could not even have achieved by way of a reservation at the time of signature or ratification, as the Rome Statute specifically prohibits reservations (Article 120).” (*ICC: supportive interpretation of and commentary on the EU general affairs council conclusions on the international criminal court of 30 september 2002, 2---?*).

¹⁷ Estatuto de Roma, arts. 1º e ss.

¹⁸ Que julgou os principais líderes da Alemanha nazista, derrotada na II Guerra Mundial (cf. GONÇALVES, 2001).

¹⁹ Que julgou os grandes criminosos de guerra do Extremo Oriente, ao final da II Guerra Mundial (cf. GONÇALVES, 2001).

Bibliografia

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Informativo à imprensa*, Brasília, n. 262, 12 jun. 2002.

COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *U. S. so-called “article 98” agreements*. Disponível em: <<http://www.iccnw.org>>. Acesso em: [200-?].

FARRELL, B. Commentary on US isolationist view of ICC. *America*, New York, v. 187, section n. 7, p. 19, Nov. 2002.

FÉDÉRATION INTERNACIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME= FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Non*

a i' exception americaine. Disponível em: <http://www.fidh.org/justice/letters/2002/maio_3008_f.htm>. Acesso em: [2002?].

GONÇALVES, J. B. *Tribunal de Nuremberg (1945-1946): a gênese de uma ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras

José Reinaldo de Lima Lopes

Sumário

1. Não há diferença de natureza lógica entre princípios e regras. 1.1. O juízo. 1.2. A aplicação de princípios ou de regras: juízos de mesma natureza lógica. 1.3. Princípios em sentido próprio. 2. A tradição hermenêutica que Dworkin não menciona. 3. O projeto jurídico-moral de Dworkin. Conclusão.

Pretendo neste texto mostrar sumariamente que a distinção entre princípios e regras não pode propriamente dizer respeito à natureza normativa das duas categorias e que, portanto, o fato de se invocar princípios em lugar de regras não esclarece em nada o procedimento ou o raciocínio de quem decide. O problema central para os juristas coloca-se na esfera do juízo e tanto princípios quanto regras apresentam a mesma dificuldade, nenhum deles “garante” que se produzam decisões em um sentido ou outro. Se isso é verdade, quem quer que delibere segundo normas delibera da mesma forma e chamar os princípios para defender certas conclusões práticas não altera em nada o caráter normativo-prescritivo do próprio procedimento. Um segundo propósito do texto é mostrar que, a despeito do sucesso e da popularização da tese de Dworkin, sua exposição peca por ignorar a história do problema. Os juristas da tradição germano-romana já conhecem os problemas levantados por Dworkin: interpretação sistemática, histórica e literal são conhecidas e investigadas técnicas hermenêuticas, aborda-

José Reinaldo de Lima Lopes é Doutor e Livre-docente, Professor da Faculdade de Direito da USP.

das por distintas correntes. Finalmente, o texto ressalta que o centro do problema levantado por Dworkin está, como ele mesmo chega a reconhecer, na união entre preceitos jurídicos e preceitos éticos ou morais. Aqui reside, provavelmente, a razão do sucesso de Dworkin: todos os que têm uma agenda ética pretendem usá-la sob a diferença analítica de princípios e regras. Como, no entanto, a discussão da ética por critérios racionais foi praticamente banida do universo mental dos juristas, incapazes de explicitar fundamentos comuns à ética e ao direito, valem-se muitas vezes do trabalho de Dworkin sem atentar para as suas dificuldades conceituais.

1. Não há diferença de natureza lógica entre princípios e regras

Tornou-se lugar-comum falar em princípios e regras desde a célebre tese exposta por Dworkin e aprofundada em seu debate com H. Hart. Muitos que haviam-se acostumado a falar do direito como de um discurso lógico-dedutivo, à moda da geometria, viram ali a possibilidade de eventualmente explicar dificuldades colocadas ao entendimento do que fazem os juristas quando praticam o direito. Outros viram na distinção uma possibilidade de “flexibilizar” o direito, que os incomodava como se fosse excessivamente rígido. Os princípios seriam a justificativa para a flexibilização que as regras – identificadas por muitos com a lei em sentido formal (norma geral produzida pelo poder legislativo) – não lhes permitiria. Muitos outros viram na distinção “princípios-regras” uma porta aberta para escapar das dificuldades que a análise do juízo jurídico de aplicação ou de subsunção lhes colocava. Alguns viram ali a possibilidade de dizer que certos juízos contra as leis não são arbitrários porque são conformes a princípios e princípios valem mais do que leis ou regras. Finalmente, alguns imaginaram que a aplicação de princípios é logicamente diferente da aplicação das re-

gras e que, portanto, princípios devem ser coisas diferentes de regras.

DWORKIN propõe de fato uma distinção entre princípios e regras, sugerindo que há diferenças de natureza entre eles. Diz mais, que o sistema jurídico norte-americano é um sistema composto de princípios e regras. Diz ainda que as regras são aplicadas em uma situação tudo ou nada e que os princípios são aplicados por ponderação. Uma regra, para não ser aplicada, diz ele, precisa ser totalmente descartada (juízo de validade ou invalidade), enquanto um princípio será apenas confrontado com outros princípios e aplicado ou não depois de um juízo de ponderação.

À idéia de que aplicar regras é diferente de aplicar princípios quero contrapor a idéia de que aplicar regras e aplicar princípios é algo semelhante. Aplicar regras ou princípios práticos (que incluem preceitos ou máximas de moral ou de direito) é perfeitamente diferente de tirar conclusões de princípios matemáticos. A tarefa desta seção é mostrar, portanto, em que consiste o juízo jurídico e, apenas por contraste, em que consistem os juízos das ciências formais (a matemática e a lógica no sentido estrito). Em seguida, será possível concluir que aplicar regras ou princípios é, do ponto de vista do pensamento, a mesma coisa e que, portanto, dividir o sistema jurídico em regras e princípios não elimina em nada as dificuldades do processo de deliberação.

1.1. O juízo

O juízo pode ser tanto a própria faculdade de escolha e de distinção, quanto a operação intelectual de síntese (ABBAGNANO, 2000). Por isso diz-se que alguém *tem* juízo e *realiza* juízos. O juízo (operação) consiste em uma predicação e se expressa em uma proposição. Isso é o básico. Há, porém, juízos normativos (predicações normativas, proposições normativas, preceitos, máximas) e há juízos assertóricos (proposições afirmativas ou negativas sobre o que é). Para ambos os casos, porém, é preciso que haja sujeitos.

Não há juízos sem sujeitos. Uma língua não produz falas por si, como não produz discursos por si mesma, assim como um sistema normativo não produz decisões por si mesmo. A língua é apenas o instrumento dos juízos¹. O ordenamento é apenas o meio ou a condição para decisões. Logo, predicar é ato de sujeitos. Os sujeitos predicam (dizem o mundo) de várias maneiras. Há predicções completamente formais, ou de objetos ideais, como é o caso das predicções das matemáticas e da lógica. Essas predicções que se transformam em juízos são simples e devem ser entendidas por quem vai falar de matemática ou de lógica. O que é uma reta, ou que é o espaço, o que é um algarismo ou o que é a unidade? São coisas (conceitos) básicas que permitem os discursos. Essas coisas, uma vez inteligidas, permitem que delas se derivem outras coisas pelo raciocínio ou silogismo: passar do que sei ao que não sei, apoiando-me no que sei. O problema é que nas matemáticas e na lógica o que sei tem uma natureza especial: trata-se de objetos ideais – não empíricos – que permitem o pensamento abstrato. “Não existem triângulos na natureza”. O objeto do pensamento não são as coisas empíricas, mas essas relações entre as coisas, que se convertem nas matemáticas.

Um bom ponto de partida para entender-se o juízo, a despeito das muitas discussões sobre o caso, é ainda a definição kantiana:

“A faculdade do juízo em geral é a faculdade de pensar o particular como contido no universal. No caso de este (a regra, o princípio, a lei) ser dado, a faculdade do juízo, que nele subsume o particular, é determinante. (...) Porém, se só o particular for dado, para o qual ela deve encontrar o universal, então a faculdade do juízo é simplesmente reflexiva” (KANT, 1995, p. 23).

Certas confusões fazem crer que o jurista, ao deparar-se com um caso, faz um juízo apenas *determinante*. É claro, porém, que ele se envolve em juízos *reflexivos*, ou seja, em que, dado o fato, procura o universal (regra)

ao qual submetê-lo. Ocorrida uma morte, por exemplo, procura, por investigação das circunstâncias, saber se se trata de acidente ou homicídio, de morte em legítima defesa ou qualquer outro tipo, que exclui a pena imposta ao homicida. Isso é, na verdade, fazer um juízo.

1.2. A aplicação de princípios ou de regras: juízos de mesma natureza lógica

Ora, no que diz respeito ao juízo jurídico, temos uma situação bastante especial. Alguns dirão que na prática do direito é preciso distinguir os *juízos de fato* dos *juízos de direito*, ou seja, as predicções dos fatos (*se isto ocorreu*, ou *se isto ocorrer*) das predicções jurídicas (*valerá isto*, *será considerado lícito ou ilícito*). A situação é ligeiramente mais complexa, mas é um bom começo.

Essa simplicidade é muito aparente. No juízo jurídico, trata-se sempre de qualificar uma situação de fato. Ou se qualifica um fato específico, no processo de adjudicação, ou se trata de criar tipos de fatos que serão qualificados no futuro. Mais ainda, quando se trata de qualificar um fato qualquer passado – na decisão judicial –, esse fato tem que ser convertido em um *tipo*. É da essência da regra que ela se refira a tipos: a aplicação de uma regra concreta é reconhecimento que o fato específico é um fato dentro de uma classe, classe essa descrita por alguma regra.

Quando alguém se pergunta pela licitude ou pela legalidade de uma conduta ou de um estado de coisas, está deliberando o que fazer naquele caso e em todos os casos semelhantes (segundo regras), exercendo um juízo prático.

Ora, na maioria das vezes a dificuldade não está em saber a regra, mas saber se o fato sujeita-se a uma regra e não a outra. Isso acontece da mesma forma quer se trate de aplicar uma regra ou um princípio. Dizer que um fato se submete a um princípio significa dizer que se submete a uma espécie de norma e para submeter-se a uma espécie de norma é preciso tipificá-lo.

O exemplo de que trata DWORKIN (1986, p. 15 et seq.) é ilustrativo. Ali o caso diz respeito a um herdeiro ou legatário que, visando receber sua herança, mata o testador. DWORKIN questiona como o tribunal encarregado do caso deveria proceder. A despeito do assassinato, o testamento continuaria válido e, portanto, o assassino viria finalmente a beneficiar-se de seu ato ilícito? Bem, no direito romano-canônico de distintos países europeus, latino-americanos ou asiáticos, a hipótese é tratada tradicionalmente em regras específicas (no Brasil o caso já era previsto no Código Civil de 1916, art. 1.595, I, e continuou previsto no Código Civil atual no art. 1.814, I). O tribunal citado por DWORKIN, à falta da regra expressa no direito americano, resolveu aplicar um “princípio”: o testamento deveria ser invalidado para que o assassino não se beneficiasse de seu ilícito (regra também tradicional no direito romano: “*nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*”).

DWORKIN afirma que a diferença entre o princípio aplicado (*ninguém pode invocar a seu favor a própria torpeza*) e as regras explícitas sobre o testamento está em que o princípio seria aplicado por ponderação e a regra seria aplicável por um juízo mais simples, do tipo: *a norma é válida* e, pois, aplicável, ou *a norma é inválida* e, pois, inaplicável².

Não é isso o que de fato ocorre. Na verdade, tanto regras quanto princípios para serem aplicados dependem de algo mais: trata-se daquilo que muito acertadamente Karl ENGISH (1979) chamava de “construção da premissa menor”. Essa premissa menor é aparentemente apenas a descrição de um fato. O raciocínio jurídico seria esquematicamente o seguinte: Premissa maior = norma (matar alguém – pena de 20 anos de reclusão); premissa menor = fato (A matou B); conclusão (subsunção) = A sofrerá a pena. ENGISH destaca com relevo que a premissa menor nunca é dada pura e simplesmente para o jurista. Ela deve ser construída e para isso serve, por exemplo, o pro-

cesso judicial, para estabelecer o juízo contido na menor (A matou B). Ora, nesse juízo aparentemente simples, o que está em jogo verdadeiramente é um juízo (predicar que A matou B) e esse juízo tem um caráter constitutivo e não meramente descritivo. Quando se diz que A matou B, em termos jurídicos, diz-se que A matou B no *sentido* que interessa para a lei. Assim, pode ser que de fato um ato de A tenha causado imediatamente a morte de B, mas esse ato pode ter sido praticado em legítima defesa, ou B pode ser tido como incapaz, ou qualquer outra circunstância pode ter ocorrido. Nesses casos, a afirmação fática A matou B não significa que A matou B no sentido da lei penal. Logo, apesar de um ato de A ter provocado a morte de B, a conclusão final do juízo será que A não matou B no *sentido legal*, logo A não sofrerá pena alguma.

É isto que ENGISH (1979, p. 70) esclarece:

“Se agora procurarmos a fundamentação da conclusão na heurística jurídica, verificamos que o centro da gravidade desta fundamentação reside na chamada premissa menor – no nosso exemplo, portanto, na proposição: ‘A é assassino’. (...) Para a natureza da menor, é indiferente que a maior seja concebida como categórica ou hipotética. Na menor se acha a já muitas vezes mencionada subsunção. Mas não só nela. Pois que, em regra, com ela se encontra estreitamente conexa uma verificação de factos, isto é, dos factos que são subsumidos. A proposição: ‘A é assassino’, contém, pois, tanto a verificação de que A praticou aquilo que, do ponto de vista jurídico, é assassinato, como ainda o enquadramento dos factos verificados no conceito jurídico de assassinato” [ênfase minha].

O mesmo problema é apontado por MACCORMICK (1995, p. 92 et seq.) ao dizer que o juízo jurídico lida com fatos primários e fatos secundários. Diz ele que há problemas de fatos primários no que diz respeito à reconstrução de eventos. As pessoas

podem aceitar que existe uma lei sancionando o adultério, diz o seu exemplo. Podem, porém, discordar (a) sobre os eventos, sobre se A realmente cometeu algum dos atos que constituem o adultério. Nessa fase, discute-se a reconstrução dos eventos passados. Além disso, as pessoas podem até concordar em que certos atos foram praticados ou certos eventos ocorreram, mas discordam (b) da sua “classificação” dentro do tipo (ou da classe) a que se refere a lei. Nesses termos, o julgador fica diante de uma questão de fatos secundários, ou seja, a respeito de saber se os fatos ocorridos são fatos que contam para a regra (que chama de *questões de classificação*). E na mesma fase podem surgir dúvidas (c) quanto à extensão dos termos da lei (o que chama de *questões de interpretação*). Mesmo assim, ele reconhece que não há nenhuma distinção lógica real (*genuine*) entre os problemas de classificação e de interpretação (p. 95). Um juízo de classificação e um juízo de interpretação são logicamente a mesma coisa. Classificar significa dizer que certo fato, evento, conduta ou indivíduo está contido em uma classe definida em uma regra; interpretar significa dizer que a classe (o termo referente à classe) inclui um fato, evento, conduta ou ser que se apresenta diante do sujeito.

Pontes de MIRANDA (1970) também chega ao ponto central da questão, quando trata da aplicação do direito. É necessário determinar os fatos, saber se aconteceram ou não. É preciso também “definir” os fatos, ou seja, determinar o sentido da norma, sua extensão e significado para saber do que trata. Finalmente, diz ele, é preciso “classificar” o fato, ou seja, saber se é da classe dos fatos determinados pela norma, ou, na sua linguagem, se a norma incide sobre os fatos.

“Quando o suporte fático suficientemente ocorre, a regra jurídica incide; e conduta humana, de tal maneira que trate o fato como se não houvesse incidido a regra jurídica, leva a duas operações indicativas de suma importância para a vida: a) a da defi-

nição do fato ou fatos componentes do suporte fático, e prova de que esse ocorreu; b) a da sua classificação segundo a regra jurídica, a respeito da qual alguém procede como se ela não houvesse incidido. As duas operações são o essencial da aplicação do direito.”(p. 17)

Muito embora Pontes de MIRANDA afirme que a generalidade não é uma característica essencial das leis, mas apenas o fruto da evolução humana, quando explica o que se passa no pensamento jurídico não se recusa a dizer que as normas são, normalmente, gerais e que descer da sua generalidade abstrata para sua aplicação concreta é o que cria o fato jurídico propriamente dito. A abstração da lei trata os fatos como classes de fatos, ainda que haja classes de um fato só, a classe do fato sozinho.

“Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que as regras jurídicas – isto é, normas abstratas – *incidam* sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’. Algo como a prancha da máquina de impressão, incidindo sobre fatos que se passam no mundo, pôsto que ai os classifique segundo discriminações conceptuais. Só excepcionalmente a lei cogita de um só caso, sem que êsse caso seja, sozinho, a sua classe.” (MIRANDA, 1970, p. 6).

“A incidência das regras jurídicas é sôbre todos os casos que elas têm como atingíveis. Nesse sentido, as regras jurídicas são de conteúdo determinado, e não se poderia deixar ao arbítrio de alguém a incidência delas, ou não. A regra jurídica distingue-se, pois, da arbitrariedade; e a aplicação mesma não pode ser arbitrária, pôsto que possa ser, de *iure condito*, errônea.” (MIRANDA, 1970, p. 6).

Em sentido semelhante, acrescenta que as regras jurídicas incidem sempre sobre todos os casos. Os casos, porém, não são os fatos, pois são uma conceitualização conti-

da nas regras, como visto acima. Ora, pode dar-se um problema na aplicação da norma. A esse problema, Pontes de MIRANDA chama de aplicação injusta, que decorre (1) de interpretação inesperada, ou (2) de classificação inadequada do fato.

“A causação, que o mundo jurídico prevê, é infalível, enquanto a regra jurídica existe: não é possível obstar-se à realização das suas conseqüências; e a aplicação *injusta* da regra jurídica, ou porque se não haja aplicado a regra jurídica, com a interpretação que se esperava, ou porque não se tenha bem classificado o suporte fático, não desfaz aquele determinismo: é o resultado da necessidade prática de se resolverem os litígios, ou as dúvidas, ainda que falivelmente; isto é, da necessidade de se julgarem os desentendimentos à incidência.” (MIRANDA, 1970, p. 18).

Ora, tanto regras quanto princípios defrontam-se com classificação ou interpretação. Falar que um legatário que assassina o testador é um caso de uso da própria torpeza em benefício próprio, que é violação da regra básica da boa-fé, impõe tanto no caso de um princípio, como no caso da regra, um juízo. Evidentemente há regras mais específicas e regras menos específicas, mas sempre é necessário *verificar* (realizar um juízo de classificação) a pertinência do caso à classe. É por isso que diversas vezes MACCORMICK (1995) nega que os princípios sejam essencialmente diferentes das regras. O uso da analogia, diz ele (p. 155), existe sempre nos juízos sobre fatos ou indivíduos, já que a analogia no direito é usada para levar a uma decisão em casos em que a regra não é expressamente aplicável. Dizer que regras se aplicam tudo-ou-nada e princípios se aplicam por ponderação é, na verdade, usar a palavra ponderação e peso de forma meramente metafórica. Os princípios são apenas regras mais gerais. E essa observação de MACCORMICK, que é um escocês, portanto familiarizado com a maneira de pen-

sar do sistema de direito romano-canônico, esclarece por que desde sempre nessa nossa tradição sabe-se que a falta de uma ‘regra’, nos termos de DWORKIN, sempre permite a aplicação de um “princípio”, ou seja, uma outra regra mais geral ou mesmo pressuposta.

Tanto as regras como os princípios dependem também de determinações de sentido que não se podem dar senão em circunstâncias específicas. Esse processo de tensão entre as normas, por definição (e não por acidente) genéricas, e os fatos, por definição (e não por acidente) específicos, faz com que o sentido das regras se defina ao longo de sua aplicação. Esse processo dá-se com qualquer norma, ou seja, tanto no caso de princípios quanto no caso de regras (os termos usados por DWORKIN). Richard HARE (1996, p. 62-66) esclarece justamente esse ponto quando diz que os princípios que podem ser ensinados têm caráter provisório (e geral, digo eu) que vai-se estabelecendo à medida que se vão aplicando. A aplicação dos princípios gera sua especificação. HARE usa a palavra princípio para abranger as regras e os princípios de Dworkin, ou seja, os comandos, preceitos ou máximas práticas.

“Todas as decisões, exceto as que são completamente arbitrárias, se é que existem, são, em certa medida, decisões de princípio. (...) Suponha que temos um princípio para agir de certa forma em determinadas circunstâncias. Suponha, depois que nos deparamos em circunstâncias que se enquadram no princípio, mas que têm determinadas características peculiares, não encontradas antes, que nos fazem perguntar ‘Pretende-se realmente que o princípio abranja casos como este ou ele *está especificado incompletamente* – temos um caso pertencente a uma classe que deve ser tratada como excepcional?’ (HARE, 1996, p. 68) [ênfase minha].

A aplicação – ou seja, a decisão segundo normas, preceitos, máximas, regras ou prin-

cípios – é sempre uma especificação. Não pode ser diferente, já que regras ou princípios são sempre genéricos, relativos a classes e tipos e não relativos a eventos e indivíduos singulares (ou não seriam regras) (cf. WITTGENSTEIN, 1991, p. 87, 92, parágrafos 199, 224-225). A generalidade da lei impõe necessariamente que nos casos individuais haja um esforço de determinação, mas de determinação não arbitrária, senão outra vez por princípios. É por isso que a decisão (por equidade) no caso é “uma espécie de justiça”, diz ARISTÓTELES (1973), consistente em aplicar, nos casos de indeterminação da lei, aquilo que o legislador faria se estivesse no lugar do julgador. E é isso exatamente que o Código Civil suíço manda o juiz fazer em caso de lacuna: preenchê-la como se fosse o legislador, isto é, aplicando preceitos que estejam em consonância com o restante da legislação.

Esse processo de determinação das circunstâncias é que me parece ser exatamente o mesmo tanto para as regras quanto para os princípios. Em outras palavras, o recurso aos princípios não elimina o trabalho mental exigido para a aplicação das regras. E as regras não se aplicam tão claramente da forma tudo-ou-nada. Uma regra pode perfeitamente ser válida, ser levada em consideração pelo julgador e ser afastada em um caso concreto porque os fatos – as circunstâncias – que são transformados em premissa menor não se consideram do tipo ou da classe prevista na regra. Isso mesmo pode acontecer quando se tratar de princípios: são os fatos e suas circunstâncias que vão determinar se um princípio é o adequado para a solução do caso.

Logo, não se pode simplesmente dizer que os princípios podem chocar-se sem que seja necessário retirá-los do ordenamento enquanto as regras não podem chocar-se. Trata-se, a meu ver, de afirmação imprecisa. O choque ou contradição das regras deve ser resolvido em primeiro lugar pela investigação dos fatos. Determinadas as diferenças entre os casos, as regras aparentemente

contraditórias convivem no ordenamento porque seus âmbitos de validade material são distintos. Convivem aplicando-se a objetos diferentes. Ocorre, porém, que é necessário saber se os casos que estão sob apreciação são os mesmos ou não. O juízo sobre o caso – o juízo da premissa menor – é, portanto, o objeto central da controvérsia jurídica. E a solução dessas controvérsias não é dada saltando-se de regras para princípios.

No exemplo dado por DWORKIN, o princípio aplicado para anular o testamento – ninguém pode valer-se de sua própria torpeza – foi usado no lugar de outro princípio: o de que as disposições válidas (os atos jurídicos perfeitos) devem ser executadas. Mas o que fez que se afastasse um princípio em lugar de outro? Foi a construção da menor: foi a determinação dos fatos, do fato básico que estabeleceu que o legatário havia assassinado o testador. Ora, realizar esse juízo tem exatamente a mesma natureza de qualquer outro juízo a respeito de qualquer fato que se submeta a decisão jurídica.

O juízo de subsunção, tão típico do direito, é tão problemático quanto qualquer juízo. Trata-se sempre de considerar ou subpor um caso individual a um tipo geral. Subsunção “é o enquadramento da situação concreta na classe dos casos” (ENGISH, 1979, p. 78). A subsunção “fundamenta-se na equiparação do novo caso àqueles casos cuja pertinência à classe já se encontra assente” (ENGISH, 1979, p. 79). Isso é típico de qualquer juízo. Reconhecer uma mula quando se vê uma e chamá-la adequadamente de mula é problema dessa natureza: é inserir um indivíduo em uma classe.

Há, claro, uma diferença importante no direito: o fato concreto (individual) já é em si, não poucas vezes, um fato de natureza normativa. Saber da validade de um testamento não é saber da existência de uma mula: a mula tem uma existência factual diferente da existência factual do testamento. O fato jurídico é sempre um fato instituído. Uma convivência entre homem e mulher não é necessariamente uma forma de matri-

mônio: fatos instituídos requerem a existência de normas e de intenções cristalizadas em normas. O matrimônio tem existência conexa aos fatos, mas também distinta dos fatos da pura convivência. Uma outra diferença é que a criação de fatos jurídicos (institucionais e normativos) dá-se por meio de ação humana ou pelo menos de interpretação humana das ações alheias ou dos fatos. Diferentemente das coisas que existem fora dos sujeitos, os fatos jurídicos são interpretações de fatos.

Fazer juízos de fato sobre fatos jurídicos é, pois, algo semelhante a qualquer juízo, ou seja, é adequação do singular ao universal, do indivíduo à classe, e é também algo diferente, pois tanto o indivíduo quanto a espécie têm natureza prescritiva e interpretativa, antes que exterior ou factual simplesmente. Ora, o juízo de subsunção de um caso tanto a uma regra quanto a um princípio é semelhante. Trata-se de um juízo normativo ou prescritivo em qualquer dos casos.

1.3. Princípios em sentido próprio

Uma diferença entre princípio e regra pode, porém, ser estabelecida quando se afirma que os princípios são as regras superiores, das quais outras regras dependem³. Nesses termos, sim, pode-se aceitar a diferença de princípios e regras. Nesse caso, no entanto, é preciso ainda assim aprofundar a análise para não cometer impropriedades mais grosseiras.

Quando se diz que os princípios são regras mais gerais e superiores é preciso determinar-se que os princípios são como que regras constitutivas de um campo (SEARLE, 1995). Isso vale em todos os campos do saber. Campos de discurso e de práticas discursivas são constituídos por regras. Alguns exemplos de princípios jurídicos verdadeiramente fundamentais podem ser dados. O *princípio da isonomia* é dessa natureza e o *princípio da boa-fé* também. Quando os olharmos de perto, vemos que são princípios não apenas jurídicos, mas também morais: são

princípios de toda reflexão sobre a ação de um sujeito consciente. São princípios morais e jurídicos porque são universalizáveis, não são simples preceitos de interesse para o sujeito.

Esclareço mais este ponto. O princípio da isonomia é princípio em sentido próprio da palavra princípio. Princípios são pontos de partida não demonstráveis e não demonstráveis porque evidentes. Não se trata de serem indemonstráveis porque requeiram fé, uma crença irracional em alguma coisa, ou a submissão à autoridade alheia, ou uma submissão à “dogmática” porque não há outro jeito. Os princípios são indemonstráveis porque são os pontos de partida para além dos quais não há o que demonstrar. Os princípios são *inteligíveis*, mas não demonstráveis. Nos pontos de partida encontramos sempre *definições* ou *hipóteses*, isto é, a afirmação do que é uma coisa, ou a presunção de existência de alguma coisa. Quando se define não se demonstra: estipula-se, exceto se a definição for de caráter léxico. Definição léxica é uma resenha da forma de usar uma palavra. Se uma palavra tem vários sentidos, seu uso deverá ser definido (determinado, de-finido) pelo sujeito que a vai usar. Também é possível formular uma hipótese e a partir dela continuar o raciocínio: enquanto a hipótese for mantida, as consequências da hipótese podem ser admitidas. Essas coisas não se demonstram, apenas se entendem, já que a demonstração exige sempre um ponto de partida dado para se chegar a outro ponto (raciocínio). Uma definição não se demonstra, explica-se. Se alguém não entende a definição, o bom professor a converte, reelabora, mas não a demonstra, não pode proceder de outro ponto para chegar a ela.

Nessa esteira de idéias, a isonomia é um princípio verdadeiro do direito. Regras são sempre preceitos de igualdade. Como disse WITTGENSTEIN (1991), não é possível um exemplo de uma coisa só, uma vez só: não é possível que só uma pessoa tenha seguido uma vez só na vida uma regra. A noção de

regra implica a de igualdade e de repetição. É da natureza das regras sua referência à igualdade. Assim, ao dizer ou definir regra, diz-se ou se define preceito para atuação em casos iguais. Qualquer pensamento segundo regras é, portanto, pensamento a partir da igualdade. Nesses termos a igualdade e o tratamento isonômico estão implicados no sistema jurídico. Ou se entende isso, ou não se entende o que é uma regra. Uma vez entendido o que é regra, é possível então chegar a outras conclusões. Toda vez que se encontrar uma contradição com o princípio da igualdade, está-se diante de uma antinomia a ser sanada ou removida. Como diz CANARIS (1996, p. 207) com propriedade, “contradições representam uma violação da regra da igualdade à qual tanto o legislador como o juiz estão vinculados”. Ao falar de igualdade, porém, não se fala necessariamente em igualdade universal e homogênea. Crianças e adultos são iguais em algumas coisas e desiguais em outras e mesmo os sistemas mais liberais e democráticos não estenderam às crianças a capacidade de exercício de todos os direitos. Há vários sistemas sociais não-democráticos, em que as igualdades não são universais. Mesmo assim, se são sistemas de regras, há casos de igualdades reconhecidas e explicitadas, de modo que dentro das diversas classes deve haver igualdade. Enfim, o princípio da igualdade é um princípio propriamente dito: ou se entende o que é igualdade (e, portanto, regra) ou não se pode avançar nas conclusões sobre a aplicação das regras. A democratização social consiste justamente no desenvolvimento da igualdade para esferas cada vez mais largas e a restrição às desigualdades aceitas.

Outro princípio claro é o da boa-fé. Em síntese, o princípio da boa-fé diz que a mentira, o engano, a ocultação de fatos e a fraude, por exemplo, não podem obrigar, não podem ser regras ou pontos de partida. Ele explícita, na esfera das ações interpessoais, o princípio da identidade e da não-contradição: não se pode ter um sistema de signos

que signifiquem simultaneamente coisas opostas ou distintas; não se pode raciocinar se um termo significar simultaneamente uma coisa e seu contrário; não se pode entrar em relação com outro ser humano se ele puder afirmar e negar simultaneamente uma coisa, fazer uma promessa e descumpri-la. Isso é compreensível e evidente: pode ser explicado, mas não demonstrado. Uma vez entendida a boa-fé, dela se extraem diversas conseqüências em diversos campos. Várias regras específicas são concretizações do princípio da boa-fé.

Esses princípios são regras muito genéricas de uma ordem normativa porque são, de fato, seus pontos de partida no sentido próprio, ou seja, as condições de possibilidade do discurso normativo⁴. Não seria possível falar-se de regras se elas não fossem universais e, portanto, não fossem aplicáveis a todos os casos iguais: se os casos não se constituíssem em classes de casos. Isso é óbvio e vazio, formal e abstrato como é formal e vazio o *princípio* de identidade ou de não contradição. Só é possível raciocinar se para cada coisa, ao longo do raciocínio, o sujeito usar um termo univocamente. Se o termo for usado plurivocamente ou equivocamente já não é possível raciocinar (embora seja possível fazer poesia, pois a poesia depende em boa parte de predicções impertinentes, como diz Ricoeur). Ora, a universalidade das regras implica a isonomia. Dizendo-se isso, diz-se o óbvio, mas também se determina um campo. Qualquer aplicação de regras que não consiga mostrar o critério de igualdade que usou, ou se tiver medo de discutir o critério de igualdade utilizado, peca no essencial e mostra o caráter arbitrário da decisão.

Há outros sentidos para a expressão *princípio jurídico*, ou princípios gerais do direito ou do ordenamento, entre eles o de finalidades gerais ou de comandos teleológicos ou normas finalísticas⁵. Esses sentidos podem ser atribuídos aos princípios sem precisar fazer-se uma diferença lógica entre a aplicação de princípios e regras. A

diferença entre um princípio finalístico e um princípio axiomático ou uma estipulação é de outra natureza. Em torno disso haveria muito o que dizer, mas não se trata, neste momento, do objeto dessas notas cujo propósito é apenas o de mostrar que a invocação de princípios em um julgamento não altera substancialmente o processo mental utilizado por qualquer julgador ou sujeito deliberante caso ele fizesse apelo a normas ou regras de conduta.

2. *A tradição hermenêutica que Dworkin não menciona*

A tese de Dworkin que fez tanto sucesso padece no entanto de alguns defeitos a serem considerados.

O primeiro deles, mais de estilo que de método talvez, fica evidente para qualquer leitor não norte-americano do seu trabalho. Uma consulta rápida aos clássicos do pensamento jurídico europeu mostra que várias das dúvidas e dos problemas que assaltam DWORKIN já foram enfrentados. Assim, por exemplo, sua idéia de que o juiz, ao decidir os casos, deve proceder com certo respeito a “princípios” que dão forma a toda o sistema jurídico é uma expressão da boa e velha fórmula, tradicional desde os medievais, da interpretação sistemática. Pressupunham eles que as regras deveriam ter algum sentido que fosse relacionado com a totalidade do *Corpus Iuris* e que não se tratava de indagar apenas da aplicação localizada de uma lei. Interpretação sistemática quer dizer que toda vez que aplica a mais específica das regras jurídicas (imaginemos um artigo de uma portaria do juiz corregedor do foro) o jurista está, na verdade, aplicando todo o ordenamento jurídico: já deverá ter verificado que tal regra procede de autoridade competente, que não contraria regras superiores e assim por diante. Aplicar uma regra qualquer é sempre aplicar todo o ordenamento. Logo, não há, na tese de Dworkin, nenhuma novidade extraordinária, pelo menos para os juristas não-ame-

ricanos⁶. A novidade está apenas em provocar outra vez um debate filosófico importante.

Olhada ainda com mais atenção, a proposta de Dworkin ignora toda a tradição da hermenêutica, jurídica e não-jurídica, produzida fora do âmbito norte-americano. Assim, problemas de interpretação, também tradicionais para os juristas não-americanos, parecem ser absoluta novidade na exposição de Dworkin. Qual o jurista que não ouviu falar dos métodos interpretativos históricos? Qual o jurista que não ouviu falar da interpretação literal e dos respectivos métodos de análise textual? Quem não ouviu falar da interpretação sistemática, cuja característica é inserir a norma no contexto de todas as outras normas? E qual o jurista que não ouviu falar que a boa interpretação leva tudo isso em consideração? Mais importante ainda, o desenvolvimento da hermenêutica filosófica na segunda metade do século XX constituiu um importante marco intelectual, aprofundando as tarefas, métodos e recursos de toda interpretação. H. GADAMER (1988, p. 292-293), um dos representantes mais exemplares dessa tradição, tem longos trechos de seu *Verdade e método* descrevendo o método dos juristas ao lado dos métodos da hermenêutica bíblico-teológica e chamando nossa atenção para a relevância destas duas áreas tradicionais da hermenêutica.

“A hermenêutica jurídica é capaz de destacar qual é o verdadeiro procedimento das ciências humanas. Temos aí o modelo para a relação entre o passado e o presente que estamos procurando. O juiz que adapta o direito recebido às necessidades do presente está sem dúvida tentando realizar uma tarefa prática, mas sua interpretação da lei não é absolutamente, por causa disto, uma interpretação arbitrária. Novamente, aqui compreender e interpretar significa descobrir e reconhecer um significado válido. Ele procura descobrir a ‘idéia jurídica’ de uma lei

ligando-a ao presente. É claro que se trata de um vínculo jurídico. É o significado jurídico da lei, e não o significado histórico da promulgação da lei ou dos casos particulares de sua aplicação que ele está tentando compreender.” (GADAMER, 1988, p. 292-293).

De toda maneira, como diz Charles TAYLOR (1989) com propriedade, certos debates importantes na filosofia de língua inglesa ressentem-se de um certo provincianismo por se restringirem justamente a certa concepção de mundo que não abrange toda a produção cultural do “ocidente”. Referindo-se ao importante debate entre comunitaristas e liberais, TAYLOR (p. 182) ressalta: “A discussão, até o presente momento, sofreu de certo provincianismo. Ela deve enfrentar-se com o mundo real da democracia liberal, para fazer eco a um de meus compatriotas, cuja maior parte encontra-se fora das fronteiras dos Estados Unidos”. Na mesma linha, mostrando um certo provincianismo dos estadunidenses, Höffe ressalta que os comunitaristas estadunidenses não citam uma vez sequer um autor cuja obra mais importante – e de influência internacional – dedicava-se justamente à comunidade: Ferdinand Tönnies. Por causa disso, várias questões que já dispõem de um bom quadro analítico são tratadas outra vez do ponto zero (HÖFFE, 1998, p. 168).

Estas são, no entanto, apenas considerações de estilo, como observado, mais do que de método. As muitas indagações de Dworkin são velhas conhecidas dos juristas não-norte-americanos e talvez por isso mesmo ele tenha sido lido e discutido fora dos Estados Unidos da Inglaterra.

O que seria relevante na tradição hermenêutica pouco ou nada mencionada por Dworkin? A palavra-chave para essa resposta está na idéia de *sentido*. De fato, toda interpretação é a busca do sentido, a compreensão dos termos em função de um sentido. Sim ultaneamente toda interpretação pressupõe um sentido: ao buscar um sentido, pressupõe que ele exista. O sentido só

pode ser percebido de uma perspectiva interna, de primeira pessoa, pois o sentido prático (normativo, guia da ação) só se descobre de dentro, não de fora. De fora descobrem-se regularidades, de dentro descobrem-se sentidos. Ora, isso foi tradicionalmente explorado na tradição hermenêutica também com o ideal da própria unidade. Há unidades de sentido e todo 14 texto tem um sentido que lhe dá unidade. Quando se falava do legislador (espírito do legislador), quando se falava do espírito da lei e assim por diante estava-se a falar de uma unidade de sentido. Na teoria de Kelsen, a norma fundamental dá o sentido ao sistema, pois é a partir dela – tomando-a como critério ou medida – que se predica toda outra situação normativa. Da mesma maneira, a tese da “resposta correta”, ou a “integridade” (no célebre exemplo da “chain novel”, romance em cadeia) de DWORKIN são as unidades de sentido. A resposta correta é pressuposta: sem que se acredite na resposta correta não há como começar a buscar a resposta correta, ou melhor, não há como confrontar as repostas possíveis com a resposta correta ideal pressuposta. A aceitação de que há uma comunidade política e que tal comunidade política não é meramente contingente na história, produto cego de forças sociais, mas uma comunidade de sentido, fornece aos juízes e intérpretes em geral o critério da unidade de sentido (cf. BONARINO, 2002, p. 176-177).

Os problemas mais conceituais aparecem, a meu ver, em pontos de natureza realmente conceitual. Para isso é preciso ver quais as intenções de Dworkin e qual o sentido mais geral de seu projeto teórico.

3. O projeto jurídico-moral de Dworkin

Dworkin quer dar uma definição de direito que una conceitualmente coisas que se haviam diferenciado ao longo dos últimos tempos: o direito e a moral. Creio que parte essencial do projeto de DWORKIN é afir-

mar, como faz em um de seus textos, que existem *direitos morais* ao lado de *direitos legais*. Afirmar que das regras morais decorrem direitos, isto é, faculdades que podem ser exigidas pelos respectivos titulares, quer dizer que em algum lugar, mais especialmente no ponto de partida, direito e moral se unem. Os direitos morais, sendo fundamentais, não podem ser afastados de modo muito fácil dos direitos atribuídos pela legislação.

Esse projeto de Dworkin é nobre e sensato, sem dúvida alguma. E a forma de expô-lo é atraente e competente. Mas, outra vez, não parece totalmente original. De fato, nesses termos, a tese de Dworkin pode reportar-se à boa e velha doutrina kantiana do direito. Como é de todos sabido, o direito, para KANT (1995), encontra-se com a moral na esfera dos princípios primeiros da razão prática. Um postulado de toda a ética kantiana é a autonomia e a dignidade dos sujeitos. Falar de moral é falar de um universo de fins que só pode ser imaginado entre os sujeitos humanos, livres e autônomos. A vida moral é típica de sujeitos capazes de reflexão (crítica e autônoma) e, em função da reflexão, capazes de decidir e agir. KANT afirma ainda que há um só direito natural, ou faculdade natural que pode gerar direitos, ou seja, regras heterônomas: trata-se da *liberdade*. Não é a vida o primeiro direito natural, pois a vida é apenas o pressuposto fático da existência dos sujeitos. A liberdade, porém, é uma faculdade – dos seres humanos vivos, *ça vat sans dire* – que pode ser reflexivamente convertida em objeto de regras. O direito é o sistema de regras que permite as liberdades recíprocas e simultâneas. O direito é, pois, em última instância, fundado na moral. Para seres incapazes de moral não pode haver direitos: para seres capazes de moral, o sistema jurídico parte da mesma idéia que funda a moral, ou seja, a liberdade. Assim, a tese de Dworkin pode ser reportada à tradição kantiana. Sua originalidade, se quisermos, está em afastar o senso comum que havia (1) cin-

dido moral e direito de forma simples e (2) invocado como patrono dessa cisão o filósofo de Königsberg⁷.

Um segundo propósito do programa teórico de DWORKIN é o de legitimar as decisões interpretativas do direito. Nesse sentido também ele tem razão: todo ato de aplicação é um ato de interpretação que é, por sua vez, ato de criação do direito. Inserida no seu programa interpretativista, a tese ganha destaque, mas também não é nada que os juristas europeus e latino-americanos já não tivessem dito. O próprio KELSEN, tomado como o mais exemplar representante do positivismo, diz expressamente que todo ato de interpretação e de aplicação é ato de criação do direito. À diferença de Dworkin, naturalmente, KELSEN diz que esse processo de aplicação e criação está fadado a ser algo incontrolável por qualquer método *científico* e com isso joga a interpretação e a aplicação para um limbo de (ir)racionalidade. DWORKIN pretende, entre outras coisas, salvar a racionalidade desse processo dizendo exatamente que a racionalidade da aplicação das regras precisa ser completada por uma *ponderação de princípios*. A aplicação ponderada de princípios é uma tarefa racional de justificativa.

Esse segundo tema de Dworkin parece perfeitamente compatível com as grandes reformas sociais que os norte-americanos tiveram de fazer sem mexer na sua constituição. Tiveram que incorporar direitos mínimos (como os direitos de integração ou da não-discriminação racial) sem alterar a constituição federal e sem confessar abertamente que pelo menos desde o final da guerra de secessão e da emenda constitucional XIV haviam vivido um paradoxo para qualquer democracia moderna: sustentar institucionalmente a licitude (constitucionalidade) de regimes de *apartheid* explícito em vários estados da União. Esse segundo tema serviu também para todos os outros juristas que se viam diante de tarefas semelhantes em outros lugares especialmente após a guerra mundial de 1939-1945. Na Alemanha do

pós-guerra e um pouco em toda parte nas duas décadas seguintes ao conflito mundial e ao fim do nazismo, conheceu-se um “renascimento” do direito natural (apoiado em uma filosofia idealista dos *valores*). Trata-se, creio, da contrapartida americana com a diferença de que o projeto de Dworkin é claramente moderno e crítico, enquanto o movimento alemão, que muito cedo foi suplantado, era idealista não propriamente crítico, culturalista e com tons conservadores. Ape-lava para valores como para objetos, sem maior interesse pela análise do processo propriamente lógico de sua aplicação.

O atrativo das propostas de Dworkin, porém, não pode impedir que seus limites sejam examinados. E seus limites encontram-se, a meu ver, justamente na afirmação de que há entre princípios e regras diferenças nos próprios critérios de aplicação. Essa afirmação torna-se tanto menos adequada quando se imagina que a aplicação de princípios abre, para os aplicadores do direito, as portas da “criatividade”, dando a entender que os princípios são afirmações genéricas de intenções e que cada um está autorizado a ter os seus. Certamente não é essa a intenção de DWORKIN, que escreve expressamente para afirmar, a partir de concepções morais fundamentais, que os princípios funcionam como unificadores da interpretação. Mesmo assim, da maneira como o assunto vem sendo tratado por muitos, e como vem sendo vulgarizado no discurso jurídico, a ressalva é necessária.

Da maneira como alguns usam a expressão princípio e sobretudo da maneira como a aplicam mostram perigos para a vida democrática e para as liberdades. No caso do direito constitucional, isso é particularmente evidente. Fala-se de princípios constitucionais para coisas muito diferentes⁸. A isonomia (igualdade perante a lei) tem uma natureza bastante diferente da eficiência na Administração (art. 37, *caput*), ou da pessoalidade e da capacidade econômica do contribuinte (art. 145, parágrafo primeiro) e assim por diante. Por que isso? Bem, porque na

verdade as constituições contemporâneas são a rigor um repositório de regras de distribuição. As regras de distribuição determinam o que é o seu de cada um e criam certas “esferas de justiça”. Na esfera da contribuição para a manutenção do Estado, a regra adequada é a capacidade econômica: quem mais tem mais contribui. Na esfera da obtenção dos benefícios sociais, a regra pode ser contrária: quanto menor a capacidade econômica, maior o benefício. As regras são contraditórias? Não se observarmos que se dirigem a “esferas” distintas, ou melhor, que criam esferas distintas. De toda maneira, as regras constitucionais distribuem poder e posições sociais e as distribuem desigualmente em função de ou tendo em vista certos objetivos. Algumas distribuem de maneira universal e igual certas posições: por exemplo, a que garante a liberdade e a autonomia de qualquer sujeito de direito (pessoa humana) no que diz respeito ao gozo dos direitos. Outras permitem que os sujeitos sejam (e devam ser) diferenciados. Por exemplo: menores de 16 anos não votam. Significa que não têm direitos ativos na esfera política (dos mecanismos de deliberação sobre as coisas coletivas e das decisões coletivizadas). Menores de 16 anos precisam de “representantes” legais, pois não podem por si exercer seus direitos. Os exemplos poderiam ser multiplicados, mas a idéia importante é que nas Constituições o que se chama muitas vezes de princípios são na verdade regras de distribuição.

Essas regras de distribuição exigem, tanto quanto as regras da comutação (a da troca das posições e direitos), aplicação. Mas aplicá-las é diferente não porque sejam logicamente coisa diferente de outras regras, mas porque o objeto e o conflito sobre o qual incidem é estruturalmente diferente. Esta é, a meu ver, a verdadeira diferença. Naturalmente, regras dessa natureza têm precedência sobre as regras de comutação (troca), porque só se pode trocar aquilo que já foi distribuído, individualizado. Mas nem sempre a disputa é sobre uma troca. Muitas ve-

zes, sobretudo na esfera do direito constitucional, a disputa é sobre a distribuição. Ora, nas disputas distributivas, uma das coisas mais importantes é justamente a necessidade de observar a classe inteira dentro da qual se dá a distribuição. A decisão de um conflito distributivo atinge a todos os que pertencem a uma classe. O exemplo mais óbvio é o das disputas entre sócios: a mudança na posição de um (ou de uma classe de sócios) afeta a posição dos outros. Cada sócio que disputa com a sociedade disputa necessariamente com todos os outros sócios. Assim, uma ação proposta contra a sociedade é um ação proposta contra todos os outros. Essa é a razão de ser de regras que exigem unanimidade para certos casos, ou as regras que permitem que a maioria volte atrás em suas decisões quando a minoria resolver exercer seu direito de retirada.

Ora, essas questões distributivas pressupõem, naturalmente, discussões éticas. Discussões éticas podem ser feitas dentro de parâmetros de racionalidade. Não é por acaso que o mesmo DWORKIN se envolve em várias dessas discussões, mostrando que a aplicação do direito pressupõe a consciência do caráter moral em última instância do que se está julgando. Sua obra é repleta de debates sobre a discriminação racial, o direito ao aborto, a defesa dos homossexuais, a defesa da liberdade de manifestação de pensamento e assim por diante.

Não se pode dizer que a aplicação de princípios nesses termos, ou seja, a aplicação de regras de distribuição, é mais “flexível”, escapa à “lógica formal”, é mais “material”, permite a “ponderação”, etc. Em todos esses casos, ao fazer aplicações dessa forma, quem aplica a regra está apenas tentando escapar da demonstração e da justificação extensa do seu juízo. Seja administrador ou juiz, tenta escapar de uma justificação universal, em nome de “flexibilidade”. Não, as regras distributivas (os *princípios*, como dizem muitos) são aplicáveis mas exigem tanto quanto qualquer regra um pro-

cesso de justificação. Sair disso é cair no gosto, no sentimento e nas boas intenções das pessoas. Sociedades democráticas são, porém, sociedades burocráticas, ou seja, sociedades em que os critérios e aplicação de regras são impessoais e só podem validar-se com apelo a regras universais. Ousaria dizer que aplicação de princípios (regras de distribuição) é ainda mais restritiva e mais difícil, pois, a cada vez que alguém quer aplicar um princípio com alcance assim universal, deve estar disposto a demonstrar que em todos os casos imagináveis o princípio continuará válido. Como a extensão dos termos em princípios gerais é por definição mais ampla, a tarefa de justificação é mais árdua.

Lembro aqui uma afirmação de Cujácio, ao comentar o ofício do juiz e sua relação com a equidade, ou seja, aquela virtude que permite que a regra universal seja aplicada ao caso particular: “os juizes são peritos em equidade não porque sejam juizes, mas porque são jurisconsultos, porque são peritos em leis e costumes”. Não é pelo seu *status* que têm mais perícia na aplicação das leis aos casos concretos: é porque sabem o direito – por conhecerem as leis — que conseguem aplicá-lo.

Conclusão

O argumento e a tese de Dworkin podem ainda ser salvos. Ele mesmo reconhece, de modo um pouco disfarçado, que as diferenças lógicas entre regras e princípios talvez não sejam o mais importante (DWORKIN, 1980, p. 71). Talvez o que realmente importe, segundo o próprio DWORKIN, seja a relação entre princípios e direitos. Assim, direitos subjetivos e fundamentais seriam objeto de princípios e não de normas. Nesse caso, porém, procederia uma objeção feita por MacCormick (1995, p. 259) de que Dworkin está apenas estipulando um uso da palavra *princípio*, e estipulando-o em contrário a seu uso comum, o que pode gerar equívocos. Talvez o que realmente importe

para DWORKIN é tentar demonstrar (ai sim, contra certas versões positivistas mais simples) que os pontos de partida de um sistema jurídico são os mesmos pontos de partida de outros sistemas normativos e, pois, da razão prática em geral. É justamente isso, creio, que pode ser salvo de sua abordagem. Isso, porém, não é sempre o que se discute. Para discutir, nesses termos, a tese de Dworkin, seria preciso postular uma forma qualquer de unicidade da razão prática, ou pelo menos da razão jurídica e da ética. Seria preciso também, como me parece que foi demonstrado por NINO (2003, p. 6), voltar a tratar do discurso jurídico de índole normativa e justificatória, coisa esquecida por boa parte da tradição romano-canônica (continental).

Tudo isso, porém, só faz sentido se admitirmos, como o faz MACCORMICK (1995, p. XVI) no prefácio da edição de 1995 de seu *Legal reasoning and legal theory*, essa união entre ética e direito:

“Estou convencido, por Robert Alexy (e conseqüentemente por Jürgen Habermas), que uma explicação do discurso prático racional pode ser elaborada derivando-se uma justificativa das instituições jurídicas dos requisitos de uma razão prática em geral, submetendo a razão jurídica completamente aos princípios gerais da racionalidade prática”.

A seu modo, no momento de formação do pensamento jurídico ocidental, Bártolo de SASSOFERRATO (1559) afirmava a mesma coisa, a meu ver, com propriedade e síntese: “por isto é evidente que nossa ciência pressupõe a ética, que tem por objeto o bom e o equitativo”⁹.

Notas

¹Isso não quer dizer que a língua seja apenas a expressão externa (pelos sujeitos) dos objetos dados (do mundo). Reconheço explicitamente o caráter constitutivo da linguagem, à moda de Wittgenstein, à moda de Searle e de Paul Ricoeur.

²“Questo modo di pensare, per la verità, sembra fondarsi sull’assunzione fallace che l’applicazione delle norme non dia luogo a dubbi o difficoltà, né comporti scelte discrezionali, quase se le norme avessero (sempre o quasi sempre) un campo di applicazione chiaro e ben delimitato, senza margini di incertezza. Si deve obiettare che, al contrario, anche e norme (tutte le norme) soffrono, non meno dei principi, di un certo grado di vaghezza, e che pertanto anche l’applicazione di norme é, nella maggior parte dei casi, discrezionale e controvertibile. Insomma, l’indeterminatezza o elasticità di formulazione non pare un criterio efficace per distinguere con netezza le norme dai principi, per la buona ragione che é una proprietà largamente comune alle une e agli altri: la differenza, se mai, é questione di grado.” (GUASTINI, 1993, p. 449).

³Ricardo GUASTINI (1993, p. 449) diz que princípios podem ser normas que fundamentam outras normas de três maneiras: 1) como fundamento lógico (uma norma mais geral contém em si outra norma mais específica); 2) fundamento teleológico (uma norma que indica o fim serve de fundamento a uma norma que determina os meios para aquele fim); 3) fundamento de validade (uma norma dá as condições de competência para que outra norma se produza).

⁴Uso, pois, princípios no sentido próximo ao de axioma ou postulado, sentido rejeitado por Humberto Bergmann de ÁVILA (1999, p. 41). ÁVILA chama de princípios, um pouco na linha de Alexy, as “normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem menor exatidão qual o comportamento devido (...) e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida”. Note-se que se ALEXY (1998) usa a expressão princípio querendo significar regras que estabelecem fins que se podem alcançar mais ou menos, trata-se de sentido praticamente oposto ao de Dworkin. Para DWORKIN, princípios expressam direitos que não podem ser afastados, têm caráter absoluto (um pouco como os direitos fundamentais ou direitos naturais). Essa distinção entre Alexy e Dworkin precisa ser realçada, pois os dois expressam conceitos opostos e não complementares na esfera da teoria geral do direito.

⁵Essa parece ser a solução adotada por Robert ALEXY (1998, p. 12).

⁶Apenas para citar fontes sintéticas de nossa tradição, vale lembrar Karl Larenz e sua *Metodologia da ciência do direito*, ou no Brasil a obra de Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*. É, pois, longuíssima a tradição do direito romano-germânico ou romano-canônico em lidar com questões de interpretação e de princípios. Na filosofia, por outro lado, é enorme a produção contemporâ-

nea em torno da hermenêutica e da interpretação, bastando mencionar dois nomes europeus: H. G. Gadamer, na Alemanha, e Paul Ricoeur, na França. De uma outra forma, mesmo a indispensável filosofia de K. Otto Apel (*A transformação da filosofia*) tem sua dose de hermenêutica. Curiosamente, nenhum deles é jamais mencionado nas bases filosóficas de Dworkin. Conferir também BONARINO (2002, p. 180-182) para uma idéia de quanto a dogmática romano-canônica já elaborou os temas tratado por Dworkin.

⁷KANT (1995) pressupõe que a razão prática também tem a sua metafísica, sua teoria ou filosofia geral. Trata-se da metafísica dos costumes, que é o ponto comum às duas outras formas da razão aplicada à liberdade (prática): a elaboração e a aplicação das leis (doutrina do direito) e a perfeição do sujeito (doutrina da virtude e dos deveres morais). Para uma introdução à tensão entre direito e virtude em Kant, cf. TERRA (1995).

⁸NINO (2003) também acredita que os princípios de que fala Dworkin são princípios morais. Por isso as diferenças que ele aponta não são entre diferentes tipos de normas jurídicas, mas entre diferentes tipos de norma práticas: morais e jurídicas. A confusão de Dworkin, segundo NINO (p. 154), reside justamente em acreditar que essa diferença tem repercussão no raciocínio prático.

⁹“*Ex hoc apparet quod Scientia nostra supponitur ethice, in qua bonum et aequum subjectum est*” (SASSOFERRATO, 1559).

Bibliografia

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALEXY, Robert. *Derecho y razón practica*. Mexico: Distr. Fontamara, 1998.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores).
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n. 1, 1999.
- BONARINO, Pablo Raúl. *Objetividad y verdad en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste-Goulbenkian, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 1986.
- _____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 1980.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 5. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 1986.
- GADAMER, H. G. *Truth and method*. New York: Crossroad, 1988.
- GUASTINI, Ricardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993.
- HARE, Richard. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- HÖFFE, Otfried. *Vernunft und Recht: Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs*. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1998.
- KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade do juízo*. Tradução de V. Rohden e A. Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford Univ. Press, 1995.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. 1.
- NINO, Carlos Santiago. *La validez dei derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- SASSOFERRATO, Bartolo. *Super Institutionum Iuris Civilis Commentaria*. Lugduni: Sebastianum de Honoratis, 1559. Editada por H. Ferrendat.
- SEARLE, John. *The construction of social reality*. New York: The Free Press, 1995.
- TAYLOR, Charles. Cross-purposes: the liberal communitarian debate. In: Nancy Rosenblum (Org.). *Liberalism and the moral life*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 1989.
- TERRA, Ricardo. *A política tensa: idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras/ Fapesp, 1995.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

Autonomia do Banco Central: subsídios para discussão

Eliacir Marques Pereira

Sumário

1. Introdução. 2. Regulamentação infraconstitucional vigente: Lei nº 4.595/64. 3. Dispositivos constitucionais. 4. Comentários sobre a atuação do Banco Central nos últimos anos. 5. Origem das discussões recentes sobre a autonomia/independência do Banco Central. 6. Conceitos de autonomia e independência. 7. Argumentos favoráveis à autonomia administrativa. 8. Argumentos contrários à autonomia. 9. Autonomia de bancos centrais X taxas de inflação: evidência empírica. 10. “Ranking” dos bancos centrais mais autônomos. 11. Estrutura do “Sistema Federal de Reservas” (EUA).

1. Introdução

Este documento pretende apresentar uma síntese das discussões recentes sobre o tema “autonomia/independência do Banco Central”, como subsídio inicial ao processo legislativo.

Nas democracias contemporâneas, a regulamentação dos bancos centrais é uma questão altamente relevante e complexa. Como tal, não poderia deixar de ser polêmica, dado o papel imprescindível daquelas instituições. Os bancos centrais, pela natureza de suas funções, interferem significativamente na economia de seus países. Afetam o dia-a-dia da população, porque, ao manejar a taxa de juros e formular as políticas de crédito, de câmbio e monetária, afetam a atividade econômica como um todo.

Eliacir Marques Pereira é economista, Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados.

Um banco central é dotado de grande poder em qualquer economia moderna. Além de ser a instituição reguladora da oferta de moeda, do crédito, do câmbio, é o responsável pela higidez do sistema financeiro, garantidor de sua solvência.

2. *Regulamentação infraconstitucional vigente: Lei nº 4.595/64*

No caso brasileiro, esse relevante papel está regulamentado pela Lei nº 4.595, de 31/12/64, que “dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências”, cujo Capítulo III (arts. 8º a 13) detalha as funções básicas da Autoridade Monetária.

A Lei nº 4.595 instituiu o Banco Central como autarquia federal, com personalidade jurídica e patrimônios próprios. Segundo Dênio NOGUEIRA (1996), ex-Presidente da Instituição, a primeira edição da citada lei concedia um mandato de seis anos à sua Diretoria. Entretanto, na passagem do Governo Castello Branco para o de Costa e Silva, este ignorou o texto legal, ao submeter ao Congresso Nacional os nomes de uma nova Diretoria, apesar de terem transcorridos apenas dois anos do mandato inicial. Esse ato provocou a renúncia coletiva da primeira Diretoria do BC.

Realmente, o art. 14, ao estabelecer que o “Banco Central será administrado por uma diretoria de cinco membros, um dos quais será o presidente, escolhidos pelo Conselho Monetário Nacional dentre seus membros...”, vigora com a redação determinada pela Lei nº 5.362, de 30/11/67.

Dessa forma, no caso brasileiro, o Banco Central é uma autarquia e já conta, nos termos da legislação vigente, com autonomia patrimonial e autonomia operacional para a execução de política. Então, só estaria faltando a autonomia administrativa, ou seja, a definição de mandatos fixos para seus Diretores, bem como a instituição de mecanismos e instrumentos de prestação de contas à sociedade.

Na carta de intenções ao Diretor-Gerente do Fundo Monetário Internacional (FMI), de 28 de fevereiro deste ano, o Governo brasileiro compromete-se a “procurar garantir uma aprovação rápida pelo Congresso da PEC que facilitará a regulação do setor financeiro – um passo necessário para a passagem da desejada lei que formalizará a autonomia operacional e a responsabilização do Banco Central”.

3. *Dispositivos constitucionais*

A Constituição da República estabeleceu alguns dispositivos que, inicialmente, dá-nos a impressão de uma opção pela autonomia do BC. A nomeação de sua Diretoria, pelo Presidente da República, está condicionada à aprovação pelo Senado Federal (Art. 84, inciso XIV).

Porém, o texto constitucional não estabelece a obrigação de o Chefe do Poder Executivo comunicar ao Congresso Nacional o fato e as razões da exoneração de um Diretor. Ademais, remete para lei complementar, entre outros temas fundamentais, “os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo” – art. 192, inciso V*.

Por seu turno, o art. 164 determina que a competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central. Este, entretanto, não pode conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira, mas poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros.

4. *Comentários sobre a atuação do Banco Central nos últimos anos*

Na lacuna da não-regulamentação do art. 192, o Banco Central tem executado suas

*Entretanto, o inciso V, bem como os demais do art. 192, foram suprimidos pela aprovação recente da PEC nº 53, de 1999.

funções com autonomia operacional, de fato. Esta tem sido reconhecida por diversos analistas e autoridades.

Entre eles, citemos o Presidente da FEBRABAN, Sr. Gabriel Jorge Ferreira. Em entrevista ao jornalista Guilherme Barros, na Folha de São Paulo, edição de 28/03/2003, ele declarou que o Banco Central já tem trabalhado com autonomia, citando como prova desse fato o aumento da taxa básica de juros, na primeira reunião do COPOM no atual Governo.

Entretanto, essa atuação autônoma dos últimos anos vem sofrendo severas críticas de setores da opinião pública. Há alguns que consideram o BC uma “caixa preta”. Essa posição foi expressa pela jornalista econômica Maria Clara R. M. do PRADO (2003). Segundo ela, o Banco Central, de fato, já é operacionalmente autônomo,

“com o grande inconveniente de não prestar contas do que faz à Nação e nem estar sujeito a nenhum tipo de censura ou restrição por erros que eventualmente sejam cometidos em suas operações do dia-a-dia...

Tem atuado nesses anos todos com a mais total autonomia, livre da cobrança da sociedade. Faz o que quer, e não dá satisfações a ninguém. Em muitas ocasiões, em momentos cruciais para a economia do País, nem mesmo satisfações foram dadas pelo BC ao presidente da República”.

5. Origem das discussões recentes sobre a autonomia/independência do Banco Central

Nos últimos anos, a partir da edição do Programa de Estabilização Econômica, com a da Lei nº 8.880, de 27/05/1994, iniciaram-se discussões sobre a função do Banco Central e, em conseqüência, do seu grau de autonomia/independência. Essas discussões acirraram-se, recentemente, no contexto da persistente vigência de elevadas taxas de juros, do aumento do desemprego e do

desenvolvimento dos trabalhos de duas CPIs no Congresso Nacional: a do Sistema Financeiro, no Senado Federal, e a do PRO-ER, na Câmara dos Deputados.

Essa discussão sobre a função do Banco Central envolve dois grupos principais:

a) os “monetaristas” defendem a tese de que a função exclusiva do Banco Central é a de garantir a estabilidade monetária;

b) os “desenvolvimentistas” argumentam que o Banco Central é um instrumento de apoio às políticas voltadas para o desenvolvimento econômico.

Reafirmando nosso compromisso com a imparcialidade, com a isenção na elaboração deste documento, não resistimos a um breve comentário inicial. Em nosso entendimento, essa discussão, colocada nos termos acima, embute uma visão reducionista do papel de nossa Autoridade Monetária.

Condenamos o descontrole monetário, de triste memória em nosso País, porém somos de opinião que a política monetária não deve se constituir num fim em si mesma. O Banco Central deve ter a responsabilidade e a capacidade para formular e executar política monetária restritiva ou expansionista, segundo a conjuntura prevalecente, e de acordo com os objetivos e as metas fixadas pela política econômica.

6. Conceitos de autonomia e independência

No bojo da discussão acima mencionada, surgem as propostas de independência e/ou autonomia do Banco Central, termos estes usados, no meio econômico-financeiro, sem a devida precisão conceitual: a maioria dos analistas os têm considerado como sinônimos ou equivalentes, o que não corresponde à concepção jurídica daqueles termos.

Então, para precisar esses conceitos, recorramo-nos ao jurista Jairo SADDI (2003?):

“Autonomia... pressupõe a idéia composta de direção própria, de agir ou deixar de agir, de possuir a facul-

dade de organização, administrativa e juridicamente. A noção de autonomia pode ser expressa também como a direção própria daquilo que é próprio. Já independência é uma faculdade incondicional, não hierárquica, caracterizada pela não-subordinação recíproca entre aqueles que exercem o poder; não sofre interferências, influências ou ingerências de outros elementos externos e tem assegurada legalmente suas atribuições de formas privativas e exclusivas. Um banco central independente puro é aquele que pode propor e implementar qualquer política monetária sem discussões prévias com o Executivo, o Legislativo ou qualquer outro grupo de interesse. *Assim, a independência pressupõe a auto-suficiência absoluta, enquanto a autonomia é apenas uma faculdade dada a um órgão da administração...* [grifo nosso].

Dessa forma, o termo “independência” do Banco Central vem sendo empregado inapropriadamente, uma vez que independentes, no estrito senso, são apenas os três Poderes do Estado. Passaremos, então, a adotar a palavra AUTONOMIA.

7. Argumentos favoráveis à autonomia administrativa

Em artigo recente para o jornal Folha de São Paulo, o economista Roberto Luís TROSTER (2003) apresenta o argumento central da corrente favorável à autonomia formal do BC:

“É fato que a inflação tem sido o maior freio para uma retomada do crescimento sustentado do Brasil e tem limitado severamente seu potencial econômico, prejudicando todas as camadas produtivas, especialmente as mais pobres. Mesmo assim, ainda há setores que são complacentes com a inflação e criam pressões políticas para postergar o custo da estabiliza-

ção definitiva de preços: conceder autonomia ao BC, imunizando-o dessas pressões e tentações políticas conjunturais, permitindo que seus integrantes posterguem a popularidade imediata em troca de benefícios duradouros...”

“Uma lei de autonomia do BC envolve pontos importantes e complexos, dos quais se destacam a responsabilidade por definir a meta de inflação; a decisão sobre como alcançar a meta; a capacidade econômico-patrimonial de operar os instrumentos financeiros; a autonomia orçamentária; a transparência; a governança; as relações do Banco Central com outras instituições; e a diretoria – demarcação de direitos, estrutura, duração, nomeação e remoção...”

Ainda assim, há críticos que afirmam que a autonomia implica uma perda de independência do governo, sem explicitar a que tipo de independência se referem. Convém lembrar que a independência, ordinariamente, refere-se tanto à proteção do interesse do país, como de seu governo, implicitamente assumindo que ambos se confundem. Na prática, isso não acontece, porque os interesses imediatos (leia-se popularidade) e pressões (leia-se politicagem) do governante se contrapõem aos interesses duradouros da sociedade (leia-se estabilidade e crescimento sustentado), no caso da moeda...”.

O economista Gustavo LOYOLA (2003), ex-Presidente do Banco Central, salienta a importância da autonomia formal, como fator de credibilidade para os investidores estrangeiros:

“É sabido que a autonomia do BC é um tema particularmente sensível para os investidores estrangeiros, que prezam muito os avanços institucionais. Os investidores domésticos podem até relevar a inexistência de au-

tonomia formal do BC, em favor de uma autonomia de fato que se evidencie no dia-a-dia da política monetária. Os estrangeiros, contudo, poderão ter uma leitura muito negativa, caso fique patente a dificuldade de o governo encaminhar essa questão na sua base de apoio”.

8. Argumentos contrários à autonomia

A tese da corrente contrária à autonomia formal foi recentemente exposta pela economista Maria Cristina Penido de FREITAS (2003):

(a autonomia administrativa) “... é relativamente menos importante no momento atual. A troca dos dirigentes em janeiro de 2003 não provocou alteração na forma de atuação do banco, que, desde junho de 1999, quando se introduziu o regime de metas de inflação, atua, na prática, de forma independente na formulação da política monetária”.

“O regime de metas de inflação não é o único nem o melhor instrumento de política monetária. Nem sequer é o mais adequado em um país periférico como o Brasil, que não possui moeda internacionalmente conversível e apresenta enorme vulnerabilidade externa. A economia brasileira vive sujeita à volatilidade dos fluxos de capital, com impactos consideráveis sobre a taxa de câmbio, que contamina os preços ‘controlados’ das concessionárias de serviços públicos e dos produtos comercializáveis, pressionando a inflação. A elevação dos juros não tem tido o efeito esperado sobre a estabilidade dos preços, mas é sério obstáculo à retomada do crescimento e geração de empregos”.

Por outro lado, o economista Paulo Nogueira BATISTA JUNIOR (2003) possui opinião contrária à autonomia, a partir de

sua visão do relacionamento do Banco Central com o sistema financeiro privado:

“No Brasil, a questão da autonomia precisa ser abordada com cuidado especial. Nas suas relações com o sistema financeiro, o Banco Central é um exemplo do conhecido fenômeno da captura do regulador pelo regulado. Estabeleceu-se uma relação simbiótica, para não dizer promíscua, entre autoridades monetárias e instituições financeiras privadas, que leva freqüentemente a uma dissociação entre a ação do Banco Central e os interesses públicos.

O problema é antigo. Nos anos 80, quando a ala mais à esquerda do PMDB insistia na proposta de estatização do sistema financeiro, o saudoso Severo Gomes observou: ‘já me daria por satisfeito se conseguíssemos estatizar o Banco Central’.

Com a autonomia formal do Banco Central, a sua ‘estatização’ ficaria ainda mais distante. Hoje, a possibilidade que tem o Presidente da República de substituir o dirigente do banco a qualquer momento funciona como um contrapeso (ainda que frágil) à influência hegemônica dos interesses financeiros”.

9. Autonomia de bancos centrais X taxas de inflação: evidência empírica

O advogado e mestre em administração Luiz Alberto dos SANTOS (2001) sintetizou as diversas pesquisas realizadas no exterior, relacionando graus de autonomia de bancos centrais e taxas de inflação. Reproduziremos, a seguir, as partes principais de seu texto.

“Estudo realizado por Alberto Alesina, considerando a taxa média de inflação de dezessete países industrializados no período 1973 a 1986 e o grau de independência de seus bancos centrais (considerando para tan-

to como são escolhidos os dirigentes dos bancos centrais, a sua origem e os arranjos formais para financiamento do déficit público por meio da emissão de moeda), concluiu que países com bancos centrais mais independentes apresentavam menores taxas médias de inflação do que países com bancos menos independentes. Suíça e Alemanha, os dois países com bancos centrais mais independentes, apresentaram taxas médias de inflação equivalentes a um terço da taxa média de inflação verificada na Espanha e Itália, os dois países cujos bancos centrais eram os menos independentes (Alesina, apud Jansen, Delorme e Ekelund Jr.).

Além disso, segundo Maxfield, estudos econométricos permitem relacionar os níveis de independência do banco central e de investimento privado nos países em desenvolvimento: quanto maior a primeira, mais alto o segundo. Isso decorreria de duas razões: os investidores internacionais contam com bancos centrais com discricção e autoridade para manter a estabilidade da política econômica nacional e consideram ser maior a sua capacidade de influenciar a política quanto mais independente o banco central for do Governo.

Em linha oposta, segundo Hunout e Ziltener (1999), recentes pesquisas econômicas têm posto cada vez mais em cheque o ‘dogma’ da independência dos bancos centrais, assim como a primazia da defesa da moeda. Segundo esses autores, estudo elaborado por Robert J. Barro, professor da Harvard University, para o Bank of England, comparando índices de inflação e crescimento de 100 países por mais de 30 anos, constatou que a inflação somente afeta o crescimento no caso de taxas muito altas: a relação não é significativa para taxas de in-

flação abaixo de 10%. Outro estudo, realizado por Pr. Manfred Gärtner, mostrou que os custos do combate à inflação em termos de renda e redução do PIB são menores em países onde o banco central é dependente do que em países onde é independente. Para a Suíça, segundo os mesmos autores, Pr. Gärtner estabeleceu que uma redução de 1% na inflação acarretaria uma redução de 2% no PIB, o que representaria 1000 francos suíços por habitante por ano. Portanto, as consequências de uma política monetarista seriam economicamente negativas, reduzindo a importância ou o valor do debate sobre a independência ou autonomia dos bancos centrais.

No mesmo sentido, afirma William Roberts Clark (2000), da New York University, que políticas macroeconômicas feitas sob influência eleitoral parecem ser mais inflacionárias do que políticas feitas por formuladores imunes a essas pressões, mas aquelas políticas tendem a gerar mais crescimento e menos desemprego. Encorajar os formuladores de políticas a serem mais sensíveis à opinião pública pode não ser tão destrutivo para o interesse público, quanto alguns economistas preferem acreditar. E, na ausência de evidências empíricas de que bancos centrais independentes possam assegurar vantagens insuperáveis, como, por exemplo, garantindo baixos níveis de inflação sem sacrifício de crescimento, emprego ou equidade, a política macroeconômica deve permanecer uma questão política, mais do que tecnocrática”.

10. “Ranking” dos bancos centrais mais autônomos

O cientista político William BERNHARD (1998), da University of Illinois em Urbana-Champaign, utiliza-se das pesquisas de ALE-

SINA (1989), esta mencionada no tópico anterior deste documento; ALESINA e SUMMERS (1993); BURDEKIN e WILLET (1991); GRILLI, MASCIANDARO e TABELLINI (1991); HAVRILESKY e GRANATO (1993); e NEUMANN (1991) para estabelecer o *ranking* dos bancos centrais, segundo o grau de autonomia.

As variáveis utilizadas nessas diversas pesquisas incluem:

a) o processo de nomeação, a duração do mandato e a demissão dos Diretores;

b) o poder de veto do Governo sobre a escolha de políticas do Banco Central;

c) a explicitação de metas pela Autoridade Monetária;

d) a autonomia orçamentária do Banco Central;

e) a existência de incentivos à performance da Diretoria;

f) as limitações ao financiamento monetário do déficit público; e

g) os controles sobre os instrumentos de política monetária.

A tabela a seguir apresenta o ranking do grau de autonomia dos bancos centrais de 18 países democráticos desenvolvidos, no período 1970-90.

TABELA 1. Classificação dos Bancos Centrais segundo o grau de autonomia, 1970-90

COUNTRY	Grilli, Masciandaro, and Tabellini Total	Alesina and Summers	Cukierman	Mean Independence
Germany	0.87	1.00	0.66	0.84
Switzerland	0.80	1.00	0.68	0.83
United States	0.80	0.875	0.51	0.73
Canada	0.73	0.625	0.46	0.61
Austria	0.60	0.625	0.58	0.60
Netherlands	0.67	0.625	0.42	0.57
Denmark	0.53	0.625	0.47	0.54
Ireland	0.47	0.625	0.39	0.49
Australia	0.60	0.50	0.31	0.47
France	0.47	0.50	0.28	0.42
Britain	0.40	0.50	0.31	0.42
Japan	0.40	0.625	0.16	0.40
Norway	0.44	0.50	0.14	0.40
Sweden	0.44	0.50	0.27	0.40
Belgium	0.47	0.50	0.19	0.39
Italy	0.33	0.45	0.16	0.33
Spain	0.33	0.375	0.21	0.31
New Zealand	0.20	0.25	0.27	0.20

FONTE: BERNHARD (1998).

Apesar de algumas divergências de pontuação, naturais e previsíveis, observamos que os bancos centrais mais autônomos são os da Alemanha, Suíça e Estados Unidos.

Os bancos da França e Inglaterra ocupam posição intermediária, enquanto os menos autônomos são os da Itália, da Espanha e da Nova Zelândia.

11. Estrutura do “Sistema Federal de Reservas” (EUA)

O “FED”, como é conhecido, é estruturado de forma descentralizada. Compõe-se de quatro instituições, integradas por representantes de vários setores da sociedade, representantes de bancos regionais e conselheiros indicados pelo Presidente da República.

Segundo o sociólogo e administrador Luiz Fernando VICTOR (2002), as instituições que o compõem são as seguintes:

1) *Board of Governors* – Conselho Superior, composto por sete membros, com mandato de quatorze anos, indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Congresso;

2) os doze bancos centrais regionais, tendo cada um nove diretores; desses cento e oito diretores, um terço é representativo das classes produtoras de cada região; um terço, do sistema financeiro; e outro terço é dividido entre representantes de notório saber e de sindicatos de trabalhadores;

3) Comitê Federal de Conselheiros, com doze membros indicados pelo Presidente da República;

4) Comitê Federal do Mercado Aberto (FOMC), órgão colegiado, composto pelos sete membros do *Board of Governors* e pelos doze presidentes dos bancos centrais regionais. O Presidente do FOMC é o Presidente do FED, que tem como vice o Presidente do Banco Central da Reserva Federal de Nova York. Esse colegiado se reúne a cada seis semanas para examinar os 12 relatórios emitidos pelos bancos centrais regionais, surgindo daí um conjunto de proposições a serem examinadas pelo plenário.

É dentro desse sistema que as decisões mais importantes para a economia americana são tomadas, inclusive a fixação da taxa de juros de curto prazo. As taxas de juros de longo prazo são fixadas pelo *Board*.

Portanto, a decisão sobre a taxa básica de juros nos Estados Unidos não é um pro-

cesso individual ou dominado por um setor, mas reflete a vontade da sociedade americana. São noventa e três as instituições que podem-se manifestar; quatorze envolvem-se diretamente no processo. Quando Alan Greenspan, o Presidente do FED, faz o seu pronunciamento, o setor produtivo e o mercado financeiro já opinaram.

Bibliografia

BATISTA JUNIOR, Paulo Nogueira. Banco Central terceirizado? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 fev. 2003.

BERNHARD, William. A political explanation of variations in central bank independence. *The American Political Science Review*, New York, v. 92, n. 2, June 1998.

FREITAS, Maria Cristina Penido. Implicações profundas e negativas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 abr. 2003. Tendências/ Debates: O Banco Central deve ser autônomo?

LOYOLA, Gustavo. Artigo 192: hesitações repercutem nas expectativas. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 30 mar. 2003. Espaço Aberto.

NOGUEIRA, Dênio. A independência do Banco Central. *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 499, out. 1996.

PRADO, Maria Clara R. M. O BC, cara a cara com a inflação. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 7 jan. 2003.

SADDI, Jairo. Autonomia, Independência ou contrato: o que devemos esperar do Banco Central. In: SADDI Advogados e Associados: artigos e publicações. Disponível em: <<http://www.saddi.com.br>>. Acesso em: [2003?].

SANTOS, Luiz Alberto. Banco Central: independência, autonomia, accountability e governança. *Revista de Conjuntura*, Brasília, ano 2, n. 6, abr./jun. 2001.

TROSTER, Roberto Luís. A miopia e a autonomia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 abr. 2003. Tendências/Debates: o Banco Central deve ser autônomo?

VITOR, Luiz Fernando. A independência do Banco Central e a fixação das taxas de juros. *Revista de Conjuntura*, Brasília, ano 3, n. 12, out./dez. 2002.

TV por assinatura e radiodifusão

A consolidação da legislação dos serviços de comunicação eletrônica de massa no Direito brasileiro

Regina Maria Piza de Assumpção Ribeiro do Valle

Sumário

1. TV por assinatura no Brasil. 1.1. Antecedentes da regulamentação dos serviços de TV por assinatura. 1.2. Tecnologias – MMDS, Cabo e DTH. 1.2.3. Satélite Banda C analógico. 1.2.4. DTH – Banda KU digital. 2. Privatização das Telecomunicações; no Brasil. 2.1. Lei Geral de Telecomunicações. 2.2. Regime jurídico da prestação de serviços de telecomunicações. 2.2.1. Regime público – concessão e permissão – obrigações de universalização e continuidade. 2.2.2. Regime privado – autorização - livre iniciativa. 3. Competência da ANATEL para legislar. 3.1. Resolução nº 73 – Regulamento de serviços de telecomunicações – serviços de comunicação eletrônica de massa. 4. Regulamentação dos serviços de radiodifusão. 4.1. Estações geradoras, retransmissoras e repetidoras. 4.2. Radiodifusão e obrigatoriedade de fornecimento dos sinais a TV por assinatura. 4.3. Programação local. 4.4. Direito autoral sobre a programação. 5. Radiodifusão e TV por assinatura. 5.1. Diferenças de serviços e regulamentação. 5.2. Serviços de TV por assinatura e a obrigação de carregar os sinais de audiodifusão. 5.3. Mercado relevante de TV por assinatura e radiodifusão: caso Direct TV *versus* TV Globo – desnecessidade de disponibilizar canal aberto na programação de DTH. 5.4. TV digital e os serviços de TV por Assinatura e Radiodifusão. 5.5. Legislação – uniformização das regras de TV por assinatura e radiodifusão “Comunicação Social Eletrônica”.

Regina Maria Piza de Assumpção Ribeiro do Valle é sócia responsável pela área de Telecomunicações e Tecnologia de Informação de Tozzini Freire Teixeira e Silva Advogados.

1. TV por assinatura no Brasil

Os serviços de TV por assinatura começaram a ser prestados no Brasil há pouco

mais de 15 anos e surgiram em decorrência do desenvolvimento de novas tecnologias que possibilitaram a transmissão ponto a ponto de sons e imagens.

A concepção de televisão por assinatura foi trazida dos Estados Unidos, onde, na década de 60, em razão de dificuldades de recepção de imagens da TV aberta em determinadas regiões do país, detectou-se potencial de mercado para a venda de programação diferenciada da TV convencional, tal como exibição de filmes sem intervalos, transmissão de notícias durante 24 horas e transmissão de eventos esportivos, tudo por intermédio de uma taxa de adesão mensal.

Nos Estados Unidos, os serviços de televisão por assinatura tiveram início com a utilização da tecnologia do cabo coaxial. No Brasil, a televisão por assinatura foi introduzida por meio da tecnologia sem fio, ou seja, por intermédio de codificação dos sinais eletromagnéticos transmitidos pelo espectro através de micro ondas.

Concomitantemente ao início da veiculação dos serviços de TV por assinatura no Brasil, a TV aberta, como é chamado o serviço de radiodifusão de sons e imagens, e que já oferecia a tecnologia de transmissão de sinais coloridos e a emissão de sinais por satélite, passou a necessitar de antenas especiais para transmissão de sinais a núcleos distantes com dificuldade de cobertura e que não eram atendidos por pontos de repetição ou retransmissão de TV aberta.

A introdução das antenas comunitárias para transmissão das imagens de TV aberta exerceu influência decisiva na regulamentação da TV por assinatura no Brasil.

1.1. Antecedentes da regulamentação dos serviços de TV por assinatura

As atividades de radiodifusão e de telecomunicações no Brasil até 1997 vinham sendo disciplinadas por um mesmo diploma legal: o Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei 4117/62.

Até 1996, os serviços de telefonia, telegrafia, transmissão de dados e outros servi-

ços públicos de telecomunicações eram prestados exclusivamente pela União, diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle estatal.

As atividades de radiodifusão, também chamada TV aberta, foram sempre prestadas no Brasil por entidades privadas e por estatais concomitantemente.

O primeiro diploma legal brasileiro que disciplinou o serviço de TV por assinatura foi editado em 23 de fevereiro de 1988 (Decreto 95.744). Tal decreto definiu a atividade de TV por assinatura como serviço especial de telecomunicações, destinado a distribuir sons e imagens a assinantes, por sinais codificados, mediante utilização de canais do espectro radioelétrico, permitida, a critério do poder concedente, a utilização parcial sem codificação.

Um ano depois da edição do Decreto 95.744, ainda não existia na prática o serviço de TV por assinatura no Brasil, e foi editada pelo Ministério das Comunicações a Portaria nº 250/89, que disciplinava a distribuição de sinais de televisão aberta pelas antenas comunitárias denominada DISTV.

É importante fazer menção a essa Portaria, pois ela, a despeito de não disciplinar diretamente os serviços de TV por assinatura, acabou desencadeando a regulamentação da TV a Cabo.

O serviço de DISTV veio suprir a limitação das antenas coletivas utilizadas pelos edifícios para a transmissão de canais abertos, a transmissão que precisava ser expandida em virtude do aparecimento de novos canais UHF e dos canais repetidos via satélite.

As antenas comunitárias distribuam os sinais abertos de TV por meios físicos, não utilizando espectro radioelétrico, suprindo a necessidade dos centros urbanos em razão das distâncias ou acidentes topográficos.

Os sinais eram captados diretamente de estações geradoras, repetidoras ou retransmissoras ou repetidos via satélite de fornecedoras de sinais, as concessionárias de serviços de radiodifusão.

O serviço de DISTV poderia ser prestado tanto em comunidades abertas consideradas áreas de acesso irrestrito ao público quanto em comunidades fechadas, definidas como áreas de acesso restrito, tais como condomínios, hotéis, centros comerciais e restaurantes. O serviço DISTV, ressalte-se, não era considerado nem radiodifusão, nem TV por assinatura.

Mais tarde, em outubro de 1991, foi editada a Norma nº 230/91 pelo Ministério das Comunicações, com o objetivo de disciplinar o uso generalizado de comunicações via satélite, tanto por estrangeiros quanto por nacionais, em conexão com a prestação de serviços limitados de telecomunicações, definidos pelo Decreto nº 177 de julho de 1991 como serviços não abertos a correspondência pública e que podiam ser explorados pela iniciativa privada.

A referida Norma nº 230/91 estabeleceu que seria automática a permissão para exploração ou execução, por meios autorizados, de qualquer serviço de caráter unidirecional (recepção apenas) de telecomunicações via satélite. Esse serviço foi o precursor dos serviços de TV por assinatura via satélite ou “Direct to Home” (“DTH”).

A Norma nº 230/91 foi depois modificada pela nº 281/95, para exigir que a exploração de serviços de telecomunicações via satélite passasse a depender de prévia concessão, autorização ou permissão, outorgada pelo Ministério das Comunicações.

Foi dada a possibilidade de regularização da situação às prestadoras de serviços por satélite existentes, que já ofereciam distribuição de programas de som e de sons e imagens de serviços de caráter unidirecional (recepção apenas) de telecomunicações via satélite ou serviços de TV por assinatura, oferecidos via satélite em canais analógicos por meio de antenas comunitárias.

Esse foi o início da regulamentação dos serviços de TV por assinatura prestados por intermédio das diferentes tecnologias.

1.2. Tecnologias - MMDS, Cabo e DTH

1.2.1. MMDS

Em 1994, foi implementado o primeiro serviço de TV por assinatura no Brasil, baseado na tecnologia MMDS ou Multiponto Multicanal e regulado pelo Ministério das Comunicações pela Norma nº 2/94.

Tal norma visou estabelecer as condições para exploração e uso do MMDS, promovendo a diversidade de fontes de informação entre as então permissionárias do serviço, estimulando a competição intra e interserviços, preservando os interesses das comunidades locais e fazendo bom uso do espectro de frequências.

Na exploração do serviço MMDS, a operadora que recebe a outorga tem o direito de: (a) transmitir sinais ou programas originados por terceiros, programas originados por terceiros e por ela editados, e transmitir sinais ou programas por ela gerados em até 31 canais em transmissão UHF; (b) veicular publicidade comercial; e (c) cobrar remuneração (assinatura) pela prestação do serviço.

1.2.2. Cabo

O desenvolvimento tecnológico finalmente atingiu o estágio em que os sinais de TV puderam ser transmitidos pelo cabo coaxial, para assinantes pré-determinados, mediante cobrança de remuneração, e foi então que se editou a Lei nº 8.977/95.

A Lei nº 8.977/95 define os serviços de TV a Cabo como serviços de telecomunicações que consistem na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, a assinantes, mediante transporte, por meios físicos. A Lei do Cabo, como ficou conhecida, veio dar oportunidade para que os distribuidores de antenas comunitárias ou DISTV optassem por transformar sua outorga em concessão de TV a Cabo e, para isso, determinou a forma de adaptar a licença¹.

As licenças de TV a Cabo possuem caráter local, limitadas a um município, e sua exploração continua sendo concedida somente a empresas sob controle de brasilei-

ros, a despeito de tentativas para que essa barreira seja derrubada.

Além dos canais diferenciados oferecidos pelas operadoras de TV a Cabo, elas são obrigadas a disponibilizar aos assinantes uma série de outros canais abertos gratuitos que sejam transmitidos na localidade. A regra que criou essa obrigatoriedade, denominada “must carry”, não existe para os demais tipos de transmissão de TV por assinatura.

1.2.3. Satélite Banda C analógico

Após a edição da Lei do Cabo, o Ministério das Comunicações decidiu formalizar a autorização para os serviços de TV por assinatura por satélite analógico Banda C, exigindo que as empresas que já estivessem prestando esse serviço sem autorização regularizassem suas situações. Essa exigência foi transcrita na Norma nº 281/95 citada de início.

As empresas Globo Comunicações e Participações Ltda. e TVA, do Grupo Abril, eram as duas únicas que já vinham, desde 1994, prestando serviços de TV por assinatura via satélite analógico (Banda C) com base na Portaria nº 230/91 e pleitearam a regularização dos serviços, obtendo a homologação para distribuição de programa de sons e imagens por satélite analógico em âmbito nacional.

1.2.4. DTH – Banda KU digital

Em obediência ao disposto no Decreto nº 2.196/97, que aprovou o regulamento de Serviços Especiais ainda sob a égide do Ministério das Comunicações, foi editada a Norma nº 08/97 com o objetivo de definir o serviço denominado DTH ou “Direct to Home”².

Assim complementou-se o elenco de normas que regulam atualmente a exploração da TV por assinatura no Brasil, todas anteriores à edição da Lei Geral de Telecomunicações e anteriores à criação da Agência Nacional das Telecomunicações – Anatel, medidas essas que modificaram o cenário das telecomunicações no Brasil.

A despeito das diferentes tecnologias e épocas em que surgiram e foram regulamen-

tadas, as operações de TV por assinatura no Brasil concorrem entre si na disputa pelo assinante e, a partir de 1997, passaram a respeitar a nova legislação de telecomunicações que disciplina a prestação de serviços em decorrência da Emenda nº 8 à Constituição Federal e edição do novo marco regulatório do setor, que permitiu a abertura dos serviços públicos de telecomunicações à iniciativa privada.

2. Privatização das telecomunicações no Brasil

Os serviços de TV por assinatura foram sempre classificados como serviços de telecomunicações desde a vigência do Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei nº 4.117/62. Na época, aquele diploma legal conjugava a disciplina dos serviços de telecomunicações e radiodifusão.

Em agosto de 1995, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 8, que alterou o inciso XI e a alínea “a” do artigo 21 da Constituição Federal, passando a declarar expressamente que os serviços de telecomunicações poderiam ser explorados por intermédio de concessão, permissão ou autorização³. É importante lembrar que o dispositivo constitucional anterior restringia a exploração dos serviços públicos de telecomunicações a empresa sob o controle acionário estatal⁴.

A Emenda Constitucional nº 8 veio modificar, por completo, o cenário da prestação de serviços de telecomunicações no Brasil, permitindo a abertura do setor para a iniciativa privada e capital estrangeiro, exigindo, para tal propósito, a criação de um marco regulatório e de uma agência reguladora, cujas responsabilidades deveriam incluir, entre outras, a edição e aplicação de normas sobre telecomunicações, bem como a condução de processos licitatórios para a outorga de licenças à exploração dos serviços de telecomunicações.

A Emenda Constitucional nº 8 também deixou clara a diferença entre os serviços de

telecomunicações e os serviços de radiodifusão, pois os dois tipos de serviços passaram a ser regulados em leis diversas, mantendo-se, para a radiodifusão, as regras do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Um ano após a edição da Emenda Constitucional nº 8, foi votada a Lei nº 9.252/96, também chamada de Lei Mínima, que definiu novos serviços de telecomunicações como o serviço móvel celular, os serviços limitados, os serviços de satélite, além dos serviços de valor adicionado, que não são serviços de telecomunicações mas a eles agregam valor.

A Lei Mínima teve, em 1997, muitos dos seus artigos revogados, bem como praticamente todo o Código Brasileiro de Telecomunicações, quando da edição do marco regulatório do setor de telecomunicações, a Lei 9.247/97, ou Lei Geral de Telecomunicações, que realmente modificou a disciplina dos serviços de telecomunicações no Brasil, imprimindo um novo padrão de exploração e classificação de serviços.

2.1. Lei Geral de Telecomunicações

A Lei Geral de Telecomunicações (LGT) foi editada no ano de 1997, reestruturando todo o ambiente regulatório do setor, além de estabelecer as regras para a privatização do sistema Telebrás e abertura das telecomunicações brasileiras para a competição.

A LGT criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), transferindo a ela as competências anteriormente atribuídas ao Ministério das Comunicações, exceto as referentes a disciplina e fiscalização do serviços de radiodifusão.

A LGT definiu os serviços de telecomunicações como “o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação” e conceituou a expressão “Telecomunicação” como “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.”

O serviço de TV a Cabo teve sua classificação enquadrada dentro dos novos moldes da LGT, mas continuou sendo regido pelas disposições da Lei do Cabo, inclusive, quanto aos atos, condições e procedimentos de outorga, ficando, no entanto, transferidas à Anatel as competências atribuídas pela referida Lei ao Poder Executivo⁵.

2.2. Regime jurídico da prestação de serviços de telecomunicações

A LGT passou a classificar os serviços de telecomunicações quanto ao regime jurídico e quanto ao interesse de sua prestação, dividindo-os em interesse coletivo e restrito e regime público e regime privado.

Note-se que, com a nova classificação dos serviços, houve uma mudança na regra geral anterior, que só previa os serviços públicos e demais serviços. Essa mudança foi necessária para a entrada da iniciativa privada no mercado de telecomunicações.

É importante transcrever o que a Exposição de Motivos da LGT diz a respeito da organização dos serviços de telecomunicações no regime público e privado:

“Serviços de telecomunicações em princípio constituem serviço público na acepção jurídico constitucional administrativa da expressão, sendo dever da União assegurar sua prestação diretamente ou mediante a outorga a terceiros sem prejuízo portanto da titularidade dos mesmos.

A lei, a ser editada pela União (LGT) pode distinguir ou permitir que por normas inferiores sejam relacionadas, dentre as possíveis operações tecnicamente qualificáveis como telecomunicações, e em razão mesmo de critérios que a referida lei estabelecer, as que são qualificadas como serviços públicos e as que não são. As que não qualificar como serviço público poderão ser realizadas e exploradas economicamente pela iniciativa privada, como direito e não como dever, desde que observadas as exigências

legais pertinentes à matéria, e mediante prévia autorização que a lei porventura exija. Servem de exemplo para esse caso os setores de energia elétrica e transporte que já comportam distinções quanto ao que constitui ou não objeto de concessão

Tanto as operações de telecomunicações que forem qualificadas como serviço público quanto as que assim não forem, estão sujeitas com maior ou menor intensidade à disciplina normativa de competência da União, e devem ser por esta fiscalizadas.” (Exposição de Motivos – LGT – Livro III – Organização dos Serviços de Telecomunicações – Título I Disposições Gerais)

Messod ASSULAY NETO e Antonio Roberto Pires de LIMA (199-?) na obra *Novo Cenário das Telecomunicações* ensinam:

“Os serviços a serem explorados no regime privado em princípio serão todos aqueles que não forem reservados expressamente para exploração exclusivamente no regime público, subordinada esta definição entretanto a decisão do Poder Executivo.

.....
Como visto anteriormente o órgão regulador proporá ao Poder Executivo a instituição ou exclusão de uma modalidade de serviço no regime público, com ou sem caráter de exclusividade ou no regime privado indicando as regiões locais ou áreas a serem afetadas pela proposta

.....
a regulamentação a cargo da Agência disciplinará os deveres de universalização e de continuidade atribuídos aos prestadores do serviço no regime público.”

Por sua vez, Alejandra HERRERA (199-?), em sua obra *Introdução ao Estudo da LGT*, confirma a intenção dos legisladores de incluir no marco regulatório a classificação dos serviços:

“No regime jurídico público, a exploração de serviços requer prévia concessão outorgada por licitação.

O número de concessões é definido pelo Plano Geral de Outorgas – PGO.

A exploração de serviços no regime jurídico privado requer que previamente a empresa obtenha uma autorização emitida pela Agência que, a não ser por motivos relevantes, não pode ser negada.”

2.2.1. Regime público – concessão e permissão – obrigações de universalização e continuidade

O serviço de telecomunicações explorado no regime público, de acordo com a LGT, é aquele explorado mediante concessão, em caráter universal, de forma contínua e adequada.

O atual modelo institucional para as telecomunicações brasileiras é suportado em duas idéias principais: a competição na exploração dos serviços e a universalização do acesso aos serviços básicos.

A idéia de universalização de serviços, conforme a Exposição de Motivos da LGT, contempla duas situações genéricas distintas: a primeira, de provimento de serviços individuais, com níveis de qualidade aceitáveis a qualquer pessoa ou organização que os requisitar, e a segunda forma é a que contempla acessos a serviços de telecomunicações, em localizações convenientes, a pessoas sem condições econômicas de pagar tarifas comercialmente razoáveis por serviços individuais. Esta última situação é a que comumente se chama de obrigação universal, e o financiamento dessa obrigação acabou sendo um ponto fundamental da lei.

As obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como permitir a utilização das teleco-

municações por provedores de serviços essenciais de interesse público.

As obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

Os serviços prestados no regime público foram assim definidos a partir da edição do Plano Geral de Outorgas (“PGO”) aprovado em 2 de abril de 1998 pelo Decreto nº 2.534⁶.

Atualmente, o único serviço explorado no regime público é o serviço de telefonia fixa comutada, ou, como é conhecido de forma abreviada, STFC, prestado pelas concessionárias privatizadas do antigo Sistema Telebrás.

Os demais serviços, inclusive os serviços de TV por assinatura e especiais de DTH, são prestados no regime privado, por meio de outorga de termo de autorização, e as operadoras que os exploram têm obrigação de estar atentas às regras da Anatel que protegem a livre concorrência e direitos do consumidor.

2.2.2. Regime privado – autorização – livre iniciativa

Conforme estabelecido na LGT, a exploração de serviço de telecomunicações em regime privado é baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica, com o objetivo de viabilizar o cumprimento das leis, especialmente aquelas relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos do consumidor.

A regra na exploração dos serviços de telecomunicações no regime privado é a da liberdade, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público, devendo haver equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos⁷.

Muitos serviços de telecomunicações que antes da LGT eram outorgados por meio de permissão pelo Ministério das Comunicações passaram a ser, após a edição da Lei Geral, outorgados por meio de autorização.

O serviço de TV por assinatura utilizando a tecnologia MMDS e Cabo foram objeto de exploração mediante concessão resultante de processo de licitação prévia. Tal procedimento foi obedecido pelo Ministério das Comunicações antes da edição da LGT e pela Anatel após a entrada em vigor da LGT; os serviços DTH foram de início concedidos por intermédio de permissão.

Após a edição da LGT, o serviço de DTH passou a ser outorgado por meio de “Termo de Autorização”, característico dos serviços prestados em regime privado.

Note-se que o serviço de TV a Cabo teve sua regulamentação mantida após a edição da LGT e, continuou a ser objeto de concessão, a despeito de ser considerado serviço de telecomunicações prestado em regime privado.

3. Competência da Anatel para legislar

A Emenda Constitucional nº 8, que disciplina a abertura do setor de telecomunicações no Brasil, exigiu a criação de uma agência reguladora como uma das condições necessárias à exploração das telecomunicações pela iniciativa privada.

A agência tem como responsabilidades a edição e aplicação de normas sobre telecomunicações, bem como a condução de processos licitatórios para a outorga de licenças para a exploração dos serviços de telecomunicações.

Na Exposição de Motivos da LGT está expresso também que o órgão regulador deverá ser competente para interpretar a legislação de telecomunicações, emitir pareceres sobre os casos omissos e compor, na esfera administrativa, conflito de interesses entre os prestadores de telecomunicações.

Com a edição da LGT, foi criada a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel – para atuar como órgão regulador e fiscalizador do ambiente brasileiro das telecomunicações, tendo sido investida de competência para elaborar e propor regulamentos para os serviços de telecomunicações, bem

como para fiscalizar e reprimir as práticas contrárias à legislação do setor de telecomunicações.

A Anatel é entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Telecomunicações.

Ressalte-se que a natureza de autarquia especial conferida à Anatel⁸ é caracterizada por sua independência administrativa e ausência de subordinação hierárquica.

Antes da edição da referida Emenda Constitucional, os serviços de telefonia, telegrafia e transmissão de dados eram prestados exclusivamente pelo Estado, como serviços públicos. Os demais serviços de telecomunicações eram prestados pela iniciativa privada, cabendo ao Ministério das Comunicações a função de outorgar licenças e editar normas, portarias, resoluções e atos administrativos, decidindo questões entre operadoras e seus usuários.

As portarias e normas editadas pelo Ministério das Comunicações continuaram vigorando até que a Anatel as substituísse⁹, cabendo à Agência averiguar a atualidade e a coerência da manutenção e aplicabilidade das regras para editar novas em substituição.

É oportuna a citação de San Tiago DANTAS (199-?) a respeito da delegação de poderes, na esfera administrativa, para outros órgãos eventualmente mais aptos, por se acharem em contato imediato com a matéria regulada, ou disporem de maior rapidez de decisão:

“O poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias. Não só a elaboração de regulamentos, mas a própria atividade

de legislativa, não se acha hoje enclausurada na competência de um só órgão do governo, mas se desloca, por força de delegação de poderes, para outros órgãos eventualmente mais aptos por se acharem em contato imediato com a matéria regulada, ou disporem de maior rapidez de decisão” (DANTAS, p. 203-204) [Grifos nossos].

Nesse mesmo sentido, afirma Leila CUÉLLAR:

“Reconhece-se atualmente que o poder regulamentar pode ser exercido não somente pelo Presidente da República, mas também pelos Ministros do Estado e por outros órgãos e entidades da administração pública, como as autarquias. Portanto, as agências examinadas, autarquias integrantes da Administração indireta, podem deter competência regulamentar.” (CUÉLLAR, p. 117)

Como alertou Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO na obra “Poder Regulamentar das Agências”, a independência da Anatel foi garantida pela LGT, juntamente com extenso elenco de competências, pois tal independência é “necessária para o exercício da competência reguladora dos setores de interesse público a seu cargo”.

Assim, não há o que se discutir sobre a possibilidade, competência ou independência da Anatel para emitir normas para a fiel execução das disposições da LGT e de qualquer outra lei que discipline o setor de telecomunicações no Brasil, ou de interpretar as normas e deliberar quanto às omissões.

Entre as competências da Anatel, estão as relativas ao controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas às pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

O Conselho Diretor da Anatel tem poder para emitir atos administrativos normativos sobre matérias de sua competência.

Leila CUÉLLAR, em “As Agências Reguladoras e Seu Poder Normativo”, citando o Professor Eros Grau, declara que a função

legislativa é função primária. O ilustre professor menciona o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece o princípio da legalidade em termos relativos como reserva da norma, e mais adiante faz referência aos artigos 5º, inciso XXXIX, 150, inciso I, além do parágrafo único do artigo 170, que tratam da legalidade em termos absolutos, adicionando que “se há matérias que só podem ser tratadas pela lei evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamentos”.

Assim, sustenta o professor Eros Grau serem válidos os regulamentos autônomos no direito brasileiro em razão de dotarem o Executivo de competência indispensável para a consecução dos fins do Estado.

A legislação expressa e a doutrina unânime demonstram que a Anatel é competente e tem legitimidade para regular as telecomunicações e disciplinar e fiscalizar as atividades das prestadoras de serviços de telecomunicações que operam tanto no regime público em conjunto com o Poder Executivo quanto no regime privado com independência e autonomia.

3.1. Resolução nº 73 – Regulamento de Serviços de Telecomunicações – serviços de comunicação eletrônica de massa

Após a edição da LGT, a Anatel fez publicar, em 25 de novembro de 1998, a Resolução nº 73, depois alterada pela Resolução nº 234, aprovando o Regulamento de Serviços de Telecomunicações.

Tal norma definiu os serviços de TV por assinatura como serviços de comunicação eletrônica de massa¹⁰.

Esse regulamento reproduz os dispositivos da LGT, deixando claro que os serviços de radiodifusão de sons e imagens permanecem no âmbito de competência do Ministério das Comunicações, regulados pela Lei nº 4117/62, e que o serviço de TV a cabo continua regido pela Lei nº 8.977/95.

Além do serviço de TV a Cabo, outras modalidades de serviços de TV por assinatura ou comunicação eletrônica de massa, como mais especificamente passaram a ser

chamados, estão reguladas na LGT e seus regulamentos, coexistindo com a Lei do Cabo. A disciplina de tais serviços afasta qualquer possibilidade de dúvida, inclusive quanto à competência da Anatel para regulá-los.

4. Regulamentação dos serviços de radiodifusão

O nascimento dos serviços de radiodifusão de sons e imagens (televisão) no Brasil se deu por volta de 1950, sob um sistema de exploração baseado na iniciativa privada, por meio do regime de concessão de serviço público para a iniciativa privada, o qual perdura até os dias de hoje.

Os serviços de radiodifusão foram, desde o início, disciplinados pela Lei nº 4.117/62, que aprovou o Código Brasileiro de Telecomunicações, e posteriormente regulamentados pelo Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963, que aprovou o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão.

Os serviços de radiodifusão são definidos como serviços que compreendem a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a transmissão de sons e imagens (televisão), destinadas a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral¹¹.

Com a publicação da LGT em 1997, grande parte do Código Brasileiro de Telecomunicações foi revogado, passando os serviços de telecomunicações no Brasil a serem regidos pela LGT e organizados pela Agência Nacional de Telecomunicações.

No entanto, a própria LGT, em seu artigo 211, excetuou os serviços de radiodifusão da jurisdição da Agência Nacional de Telecomunicações, mantendo-os sob a organização e fiscalização do Poder Executivo, exercido pelo Ministério das Comunicações¹².

Os serviços de radiodifusão são gratuitos e abertos à comunidade. As emissoras geradoras de sons e imagens recebem sua remuneração em razão da publicidade inserida na programação. A finalidade dos serviços de radiodifusão é educativa e cul-

tural e são considerados serviços de interesse nacional, sendo permitida a exploração comercial destes na medida em que não afete sua finalidade e o interesse nacional.

Dada a importância que essa atividade assumiu, a Constituição conferiu tratamento especial a ela e a propriedade de empresa de TV aberta até 2002 era restrita a brasileiros natos ou naturalizados, cabendo a eles exclusivamente a administração e orientação intelectual da programação.

Em 2002, finalmente, foi dado mais um grande passo em direção à abertura do setor de radiodifusão, que não tinha seguido o exemplo das telecomunicações em relação à permissão de participação do capital estrangeiro.

A Emenda Constitucional nº 36 permitiu a participação de até 30% de capital estrangeiro nas empresas de radiodifusão e jornalismo, permanecendo, no entanto, sob a responsabilidade de brasileiros natos a orientação intelectual¹³.

Em 20 de dezembro de 2002, em obediência ao disposto no parágrafo quarto do artigo 222 da Constituição, já em sua nova redação, foi editada a Lei nº 10.610, que regulamentou a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão, e ainda alterou dispositivos da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, e do Decreto-lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967, de modo a adequar a regulamentação existente sobre radiodifusão.

O ato que autoriza determinada empresa a ser prestadora do serviço de radiodifusão é a concessão que, neste caso, é de atribuição exclusiva do Presidente da República Federativa do Brasil e é formalizada por meio da celebração de um contrato de concessão.

Segundo Hely Lopes MEIRELLES (“Direito Administrativo Brasileiro”), o contrato de concessão de serviço público “é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular”.

Logo, ao autorizar o particular, por meio da celebração de um contrato de concessão,

a prestar o serviço de radiodifusão, que é um serviço de interesse nacional, o Poder Público está autorizando o particular a prestar um serviço público em seu lugar.

Uma vez outorgada a concessão para a prestação dos serviços de radiodifusão, a concessionária terá o prazo de 36 (trinta e seis) meses para iniciar a execução do serviço.

4.1. Estações geradoras, retransmissoras e repetidoras

Com a outorga da concessão para a prestação dos serviços de radiodifusão, na qualidade de emissora geradora, a prestadora dos serviços pode prestar tais serviços em âmbito local, regional ou nacional, em determinado tipo de modulação, em horário limitado ou ilimitado e possui a obrigação de licenciar no Ministério das Comunicações, antes da entrada em operação comercial dos seus serviços, uma estação geradora, que é a que lhe permite realizar emissões de sinais ao público em geral e realizar emissões de programas que possuem origem em seus próprios estúdios.

O fato de ter-lhe sido outorgada uma concessão para emissão de sinais na qualidade de geradora autoriza a empresa a transmitir ao público em geral, na localidade onde presta serviços, programação produzida por ela mesma em seus estúdios.

Tal situação é diversa quando se trata dos chamados serviços ancilares ao serviço de radiodifusão de sons e imagens. São os serviços de retransmissão e repetição de sinais de televisão. Esses serviços ancilares permitem que as empresas autorizadas somente retransmitam ou repitam sinais de televisão gerados por uma prestadora do serviço de radiodifusão de sons e imagens.

Assim, repetidoras e retransmissoras não têm autonomia, na medida em que sua existência depende de um contrato inicial com as empresas geradoras de sinais e programação. Ademais, não pode haver uma estação geradora de sinais na região onde as repetidoras e retransmissoras transmitem os mesmos sinais.

A diferença entre essas estações (geradoras, repetidoras e retransmissoras) reside no fato de que a geradora é a única estação autorizada pelo Ministério das Comunicações a realizar emissões de programas que têm origem em seus próprios estúdios, enquanto as retransmissoras e repetidoras somente podem retransmitir ou repetir, para a localidade onde foi autorizada a prestar o serviço, a programação gerada pela empresa que presta o serviço de radiodifusão de sons e imagens.

A finalidade dos serviços de retransmissão e repetição de sinais de televisão é a de possibilitar que os sinais das estações geradoras sejam recebidos em locais por eles não diretamente atingidos ou atingidos em condições técnicas inadequadas.

Tanto os serviços de retransmissão quanto os de repetição de sinais de televisão serão prestados por meio de autorização concedida pelo Ministério das Comunicações, com prazo indeterminado e caráter precário.

Diz-se caráter precário, pois os serviços de retransmissão e repetição de sinais de televisão provenientes de estação geradora somente serão autorizados para localidades onde não exista concessionária para execução do serviço de radiodifusão de sons ou imagens de mesma programação básica ou autorizada.

Caso passe a existir uma concessionária geradora na localidade, transmitindo a mesma programação, a retransmissora estará obrigada a cessar suas operações.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 36, tornou-se possível, de imediato, a permissão para que pessoas jurídicas nacionais, e não somente pessoas físicas, possam deter o controle dos veículos de comunicação. Com essas novas regras, facilitou-se o ingresso do capital estrangeiro, com vistas ao fortalecimento do setor, abrindo-se os horizontes para novos empreendimentos, inclusive sob o aspecto tecnológico – TV digital –, mantendo-se, no entanto, a responsabilidade editorial e de seleção e direção de programação nas mãos dos brasileiros natos.

A abertura do mercado para a exploração das empresas de radiodifusão teve o cuidado de preservar os meios de comunicação social eletrônica, ou o conteúdo veiculado pelos meios de comunicação na mão de brasileiros, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, incluindo-se a TV por assinatura e demais serviços de comunicação multimídia.

Deverão todos os serviços genericamente denominados comunicação eletrônica de massa observar os princípios enunciados na Constituição Federal, que mantém a exclusividade de brasileiros natos na direção e produção da programação e garante a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

Os ex-Presidentes da Câmara Federal e Senado Federal, Deputado Aécio Neves e Senador Ramez Tabet, respectivamente, por ocasião da edição da Emenda Constitucional nº 36, pronunciaram-se sobre o assunto, afirmando a importância de se adaptar as regras que disciplinam as atividades jornalística e de radiodifusão à realidade do mercado contemporâneo e à economia global, assegurando todavia o controle dos meios aos brasileiros, salvaguardando os valores nacionais, exigindo que a produção e programação atendam aos princípios de preferência a finalidades educativas, artísticas culturais e informativas, promoção da cultura nacional e regional, estímulo à produção independente, com a regionalização da produção cultural artística e jornalística nos percentuais estabelecidos em lei.

4.2. Radiodifusão e obrigatoriedade de fornecimento dos sinais a TV por assinatura

Tendo presente as regras sobre os serviços de radiodifusão, forçoso é concluir que as prestadoras de serviço de radiodifusão não são obrigadas a obedecer nenhuma disposição legal que as obrigue a oferecer sinais para qualquer prestadora de serviços de telecomunicações, em especial as provedoras de serviços de TV por assinatura.

Pelo contrário, o que está expressamente determinado na legislação que regula os serviços de radiodifusão é que nenhuma pessoa pode veicular o sinal de uma prestadora de serviços de radiodifusão, salvo se autorizada pela mesma. É o que prevê o art. 48 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1962)¹⁴.

Por essa razão, a decisão pela transmissão ou não de determinada programação produzida por uma prestadora de serviços de radiodifusão ou por ela veiculada cabe somente à própria e será retransmitida, repetida ou de qualquer outra maneira transmitida somente se existir autorização expressa para tal fim, outorgada pela própria geradora de sinais conforme dispõe o Regulamento dos Serviços Especiais de Repetição e Retransmissão de TV.

Ressalte-se que é considerado infração o ato de transmitir ou utilizar, total ou parcialmente, as emissões de estações congêneres nacionais ou estrangeiras sem estar previamente autorizadas pela geradora.

4.3. Programação local

No que se refere à necessidade de transmissão de programação local para as operadoras de serviços de radiodifusão, deve ser observado o que segue o Regulamento dos Serviços Especiais de Repetição e Retransmissão de TV.

Tal diploma legal, ao tratar da organização da programação da geradora, em princípio, não determina a necessidade de transmissão de programação local como condição para a obtenção do direito de prestar os serviços.

O que é estipulado, no entanto, é que a prestadora do serviço de radiodifusão deve se comprometer a não transmitir programas que afetem a moral familiar e os bons costumes, como deve observar que sua programação, transmitida ou retransmitida, mantenha um elevado sentido moral e cívico e não atente contra o sentimento público.

Conforme mencionado acima, uma empresa sendo concessionária do serviço de

radiodifusão, na qualidade de geradora, está autorizada a transmitir programação que ela mesma produza, porém este é um direito e não uma obrigação, ficando a critério da concessionária a transmissão ou não de tais programas.

4.4. Direito autoral sobre a programação

A produção de conteúdo para televisão não depende de uma autorização expressa ou da emissão de uma outorga, exceção feita ao conteúdo jornalístico, que é prerrogativa de brasileiros natos, e à obediência às regras especiais contidas na Constituição.

Nem a emissora geradora está obrigada a transmitir programação que tenha produzido, podendo, por conseguinte, comprá-la de terceiros.

Assim, a produção de programação não tem vínculo direto com a concessão de radiodifusão.

A produção de programas de televisão é atividade independente autônoma. As emissoras geradoras de sinais de radiodifusão que têm suas próprias programadoras competem com as demais produtoras e oferecem seus programas juntamente com as outras operadoras de TV por assinatura de forma avulsa.

A produção intelectual de programação é protegida pelo Direito do Autor por intermédio da Lei nº 9.610/98 e em especial, no que diz respeito à programação já veiculada pelas empresas de radiodifusão, cabe a estas últimas o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão ao público, ficando preservados os direitos dos titulares dos bens incluídos na programação¹⁵.

Com a evolução da tecnologia e a possibilidade de comunicação por satélite para fins diversos, como educacionais, informativos, de entretenimento e culturais, programados pelas prestadoras de TV por assinatura, ocorreu a intensificação de casos de ofensa aos direitos autorais, destacando-se a captação não autorizada de sinais portadores de programas, também chamada de “pirataria”.

O Professor Carlos Alberto BITTAR dedicou um livro a respeito do assunto cujo título é “O Direito de Autor nos Modernos Meios de Comunicação”, em que declara:

“Os Estados assumiram o compromisso de tomar medidas para impedir que em seus territórios terceiros não autorizados se aproveitassem de sinais endereçados a um destinatário salvaguardando os direitos de todos os que tenham contribuído para a emissão ou seja os autores, atores e produtores de obras difundidas” (opus cit. p. 91)

Deve-se ter em mente que as emissões de sinais em forma de programas difundidos por satélites encerram muitas vezes obras artísticas, científicas ou literárias, em torno das quais gravitam feixes de direitos reconhecidos universalmente tanto em Convenções Internacionais, como a de Berna e suas revisões de Genebra, como no direito nacional de todos os países do mundo atual. São os direitos autorais em seus diferentes aspectos morais e patrimoniais.

O Professor BITTAR elenca os princípios que regulam a matéria:

“a) necessidade de autorização do Autor ou do titular dos Direitos Patrimoniais para representação ou reprodução da obra; e

b) participação do Autor nos proventos econômicos. Assim por exemplo para que uma obra literária seja difundida pela televisão ou rádio ou de qualquer outra forma é necessária a expressa e precisa autorização do titular do direito mediante remuneração que for convencionada geralmente em função dos resultados econômicos.” (opus cit. p. 91)

Conclui-se, portanto, que a transmissão, por satélite ou por qualquer outro meio, de programas de radiodifusão ou TV por assinatura deve ser precedida da devida proteção, determinada pelas normas convencionais

que disciplinam a transmissão e reprodução das obras intelectuais. É o que ressalta o Prof. BITTAR:

“Desnecessário texto expresso para o fim proposto: nos termos em que se acha o sistema e no alcance real que se imprime ao texto da Convenção (de Berna), deve ser considerada abrangida a cabovisão para remunerar-se os autores e demais que contribuem para a produção da obra.” (opus cit. p. 94)

O mesmo ocorre com o direito nacional que contém disposições abrangentes quanto à utilização de obras intelectuais, dando ao autor os direitos de autorizar utilizações e de participar nos proventos econômicos estabelecidos em contratos adequados.

A legislação brasileira contém os dispositivos necessários para disciplinar a matéria e não existe diploma legal sobre o assunto que permita a transmissão de programas sem a expressa autorização do produtor.

A própria Lei do Cabo, ao obrigar a operadora licenciada a veicular a emissão de programas da emissora geradora local, por não mencionar a necessidade de autorização, não faz exceção pela simples razão de que não pode derogar implicitamente a legislação especial de proteção ao direito autoral.

5. Radiodifusão e TV por assinatura

5.1. Diferenças de serviços e regulamentação

Serviço de radiodifusão é serviço de comunicação eletrônica de massa, público gratuito, prestado diretamente pelo Estado ou por sua delegação pela iniciativa privada, com finalidade educativa, cultural e, mesmo em seus aspectos recreativo e informativo, é considerado serviço de interesse nacional, sendo permitido somente para exploração comercial, na medida em que não venha a ferir esse interesse e aquela finalidade.

Os serviços de TV por assinatura ou comunicação eletrônica de massa por assina-

tura são serviços de telecomunicações prestados no regime privado, pela iniciativa privada. Tais serviços não têm obrigação de universalização e somente serão oferecidos aos assinantes que os contratarem para veiculação da programação que tiver sido previamente estabelecida pela operadora com os produtores.

A transmissão de canais de radiodifusão pelas operadoras de TV por assinatura não é obrigatória para quase todas as modalidades.

A Lei do Cabo é a única que obriga as prestadoras a oferecerem aos seus assinantes canais abertos de emissora geradora local, com programação que tiver condições técnicas de ser veiculada na localidade onde é oferecido o cabo.

É importante ressaltar que somente são oferecidos os canais abertos de emissora geradora local captados na comunidade onde é oferecida a assinatura do cabo. Assim, pode-se concluir, em princípio, que na localidade em que não houver geradoras tal obrigação não existe.

A obrigação é específica da operação de cabo e não pode ser estendida às demais. Não há lei que imponha tal exigência.

As operadoras de TV por assinatura, nas modalidades MMDS e DTH, caso tenham a intenção de veicular programação de canais abertos, poderão fazê-lo, desde que a programação seja previamente contratada.

No que diz respeito às prestadoras de serviços de radiodifusão, as emissoras geradoras não têm obrigação de veicular seu sinal em todo o território.

Os sinais das TVs abertas são transmitidos pelas emissoras geradoras, retransmissoras e repetidoras. As duas últimas obrigatoriamente compram a programação das geradoras, formando-se assim rede com imagens de TV aberta transmitidas em todo o território nacional.

Existem no Brasil atualmente 282 emissoras geradoras de radiodifusão, cuja transmissão é restrita à área de cobertura de suas concessões.

As geradoras e suas afiliadas, as retransmissoras e repetidoras, quase 8900, formam uma rede composta por parceiros independentes. Tais parceiros têm como atrativo a exclusividade e distribuição do sinal e programação das geradoras em cada localidade, acrescido da transmissão de publicidade local.

Os pagamentos pelos direitos de retransmitir ou repetir os sinais são feitos somente à geradora ou também à programadora, dependendo se essas atividades são exercidas por entidades distintas ou pela mesma. A exclusividade na transmissão dos sinais e publicidade pelos parceiros não pode ser violada.

Assim, uma operadora de TV por assinatura que pretenda veicular sinais locais ou a programação de uma geradora de sinais e/ou de programação de TV aberta deve celebrar contrato com autorização expressa para essa veiculação.

A radiodifusão e TV por assinatura são atividades distintas, reguladas por leis diferentes editadas de modo a produzir uma série diversa de direitos e obrigações, não havendo vinculação entre as duas atividades que não derive da lei ou do contrato.

5.2. Serviços de TV por assinatura e a obrigação de carregar os sinais de radiodifusão

Os serviços de TV por assinatura, ou comunicação eletrônica de massa por assinatura, como são denominados, são prestados em regime privado.

Os serviços de telecomunicações prestados em regime privado devem atender as obrigações constantes da LGT no que concerne à livre iniciativa e princípios da concorrência, obedecendo às resoluções e aos termos e condições dos contratos celebrados com a Anatel, além dos contratos de prestação de serviços celebrados com os usuários.

A obrigação de oferecer serviços de telecomunicações a toda a população, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas, refere-se somente aos serviços de telecomunicações prestados no regime público

(STFC) e não se pode confundir com obrigação de oferecer sinais abertos de televisão – radiodifusão – e muito menos os serviços de telecomunicações sob o regime privado como a TV por assinatura.

Os serviços de TV por assinatura, originalmente prestados sob o regime de permissão, são hoje considerados serviços no regime privado, objeto de outorga de autorizações, em especial a licença de DTH.

Não obstante a Lei do Cabo obrigar a operadora a transmitir os sinais da TV aberta na sua área de prestação do serviço, tornando disponíveis diversos canais expressamente elencados¹⁶, tal obrigação é limitada e condicional, dependendo claramente de o sinal da TV aberta alcançar a área de serviço da operadora TV a cabo com nível técnico adequado e de a operadora geradora autorizar a veiculação de sua programação.

A impossibilidade de se aplicar a Lei do Cabo por analogia às demais transmissões de TV por assinatura deve-se ao fato de que leis especiais foram editadas na mesma época regulando outras modalidades do mesmo serviço sem menção expressa à TV aberta.

Ademais, a transmissão de TV aberta é regional e, dependendo da geradora ou retransmissora, a programação é vinculada à publicidade local, existindo um entrave quanto à sua captação e retransmissão pela operadora DTH que tem seus sinais elevados ao satélite e em seguida devolvidos à superfície com transmissão nacional, sem segregar qualquer região.

Deve ser respeitada a regionalidade das concessões de radiodifusão, sob pena de infrações a contratos de programação e à exclusividade de publicidade local, que deixaria de ser veiculada com o sinal recebido por satélite e transmitido em âmbito nacional.

5.3. Mercado relevante de TV por assinatura e radiodifusão: caso Direct TV versus TV Globo – desnecessidade de disponibilizar canal aberto na programação de DTH

É bastante ilustrativa a questão dirimida pelo Conselho Administrativo de Defesa

Econômica – CADE – entre a operadora da DTH, TVA Sistema de Televisão S/A ou Direct TV, e a emissora geradora de radiodifusão, TV Globo Ltda., bem como sua programadora, TV Globo São Paulo Ltda., no processo administrativo nº 53500.000359/99.

A discussão versou a respeito da obrigação destas últimas de oferecer seus sinais ou de certas afiliadas que transmitem sua programação para serem transmitidos pelas operadoras de TV por assinatura.

A argumentação baseou-se nas práticas leais e desleais de concorrência com exame abrangente e aprofundado do mercado relevante de TV por assinatura e radiodifusão. Com fundamento no conceito de bem essencial e indispensável à concorrência, bem como na interpretação das regras de direito regulatório de telecomunicações e radiodifusão, as partes apresentaram argumentos pró e contra a obrigatoriedade da geradora de radiodifusão de oferecer sinais à TV por assinatura de serviços DTH.

O processo administrativo foi apreciado pelo CADE e a decisão foi pelo afastamento da vinculação da atividade de radiodifusão à teoria de bem essencial no que diz respeito à veiculação de canal aberto por TV por assinatura, em especial a que utiliza a tecnologia de satélite DTH.

A conclusão dos Conselheiros do CADE foi a de que, para que um bem seja identificado como *essencial facility*, é necessário que o acesso a ele seja essencial para viabilizar a concorrência e não possa ser duplicado. Não basta somente que o acesso seja mais conveniente ou menos dispendioso ao concorrente.

Essa não era em absoluto a situação das partes envolvidas na discussão, pois os assinantes da operadora de TV por assinatura têm total acesso gratuito à transmissão da TV Globo.

A aplicação do princípio do *essencial facility*, conforme alegaram os defensores da TV Globo, tem levado a distorções e oportunismos quando o agente se aproveita dos esforços da concorrente.

Não há no direito concorrencial, como se lê na argumentação apresentada no processo administrativo, o dever de compartilhar o canal de TV aberta.

Ao contrário, a lei concorrencial protege a utilização exclusiva das vantagens que o agente adquiriu, desenvolvendo seu negócio, ainda que torne impossível ou difícil aos concorrentes o desenvolvimento de negócios semelhantes.

Para que haja a obrigação de compartilhar o bem por ser *essencial facility*, deve o interessado provar que a recusa de uso do bem tido como essencial eliminará a maioria ou todos os competidores do mercado.

Aplicando-se o raciocínio desenvolvido nos autos do processo administrativo nº 53500.000359/99 examinado pelo CADE, conclui-se que a oferta de canais abertos ou programação de TV aberta pelas prestadoras de TV por assinatura aos seus assinantes somente é obrigatória no caso da TV a Cabo e, ainda assim, motivada pela Lei do Cabo sempre com autorização expressa da geradora.

Ademais, a aplicação, por analogia, dos dispositivos da Lei do Cabo que obrigam a transmissão de canais de TV para as demais prestadoras de TV por assinatura não tem fundamento, pois a regra correta é a da utilização da analogia somente em caso de omissão das normas para regular a situação. No caso específico das operadoras de TV por assinatura – DTH, a Norma nº 8, no seu item 5.3, exige manifestação expressa das empresas de radiodifusão para uso ou proibição de retransmissão de sua programação.

Também foi ressaltada na decisão a necessidade de se proteger o direito autoral de programação e direito de livre negociação entre as partes, especialmente em se tratando de transmissão de programação em DTH a assinantes. É de se ressaltar que a TV por assinatura é um serviço de telecomunicações prestado em regime privado e, portanto, não sujeito a qualquer restrição sem contrapartida que compense o exercício da atividade.

Um outro argumento contra a interpretação teleológica da Lei do Cabo é a impossibilidade de sua aplicação parcial e seletiva.

No caso da TV a Cabo, existe restrição a investimento estrangeiro na participação do capital social e, no caso da operadora de TV por assinatura – DTH, os sócios podem ser estrangeiros em sua maioria ou totalidade.

Ainda como um último argumento desfavorável à aplicação por analogia da Lei do Cabo às demais operações de TV por assinatura, existe o aspecto de que não caberia à operadora a escolha dos canais de TV aberta, devendo ela, de acordo com a lei, transmitir todos os disponíveis.

Finalmente, não se pode esquecer o que já foi mencionado a respeito da proteção do direito autoral à programação e sobre a necessidade de prévia contratação para divulgação da programação, que envolve, além da produção do evento, direito de imagem de artistas, direito de criação de obras musicais e de divulgação de outros tipos de obras literárias, artísticas e científicas.

Deve ficar claro, por outro lado, que a concessão de radiodifusão no Brasil é delegação do Poder Concedente, mas, mesmo sendo um serviço de interesse público, é prestada pela iniciativa privada.

Ademais, aquele que tem direito de transmitir sinais deve preencher esses sinais com conteúdo ou programação própria ou de terceiros, e, em ambos os casos, tal programação é objeto de uma produção protegida pelo direito autoral.

5.4. TV digital e os serviços de TV por assinatura e radiodifusão

As características específicas dos serviços de radiodifusão e TV por assinatura, bem como as diferenças entre as regras que os disciplinam, não foram suficientes para os distanciar por completo. Ambos são serviços de comunicação e transmitem conteúdo ou programação a telespectadores e radioespectadores, sendo que, aos primeiros, de forma indistinta, unilateral e gratuita e, aos

segundos, previamente identificados, sob contrato e contra pagamento pelos serviços.

Após a análise da legislação em vigor sobre as duas atividades e o exame dos principais pontos de convergência e de divergência entre eles, pode-se concluir que a edição de um marco regulatório comum, que tenha por objeto padronizar e harmonizar as regras dispersas, confirmando a denominação genérica de serviços de comunicação eletrônica de massa ou comunicação social, será o passo mais acertado do Poder Legislativo.

A Emenda Constitucional nº 8, ao introduzir a possibilidade de exploração dos serviços públicos de telecomunicações pela iniciativa privada, acabou por diferenciar os serviços de telecomunicações e radiodifusão.

O marco regulatório do setor de telecomunicações, a LGT, reforçou essa diferença ao manter a radiodifusão regida pela Lei nº 4.117/62 e reafirmar a validade da Lei do Cabo para disciplinar uma das formas do serviço de TV por Assinatura.

Decorridos cinco anos da entrada em vigor da LGT e da atuação da Anatel como agência reguladora do setor de telecomunicações, com a introdução da competição no setor e o aparecimento de novas tecnologias aplicadas a todos os serviços, constata-se que a convergência entre os serviços de radiodifusão e TV por assinatura é inexorável.

Os diversos padrões de transmissão digital de sons e imagens levaram à atual discussão sobre a escolha do modelo que o Brasil deverá adotar para a transmissão digital de programações.

Tal discussão é de suma importância na continuidade e no desenvolvimento de ambos os serviços tanto de radiodifusão quanto de TV por assinatura.

A questão do conteúdo local e regional apresenta-se disciplinada nas regras da legislação de radiodifusão e não é objeto de tratamento adequado na legislação de TV por assinatura, cerceando sua expansão. Essa expansão acabou por sofrer um “congelamento” em virtude de sua total depen-

dência de programação estrangeira, com custos atrelados ao dólar e conseqüentemente refletidos no valor da assinatura inacessível à maioria da população brasileira.

De outro lado, a programação das geradoras de radiodifusão é adequada à grande maioria da população brasileira e sua penetração é impressionante, visto que atinge mais de 98% dos lares no Brasil.

Não obstante o sucesso de programação, o modelo comercial e financeiro das redes de radiodifusão provou, ao longo do tempo, ser também inadequado, já que a grande maioria das empresas é deficitária e hoje dependente de investimento novo para que possa saldar suas dívidas e se expandir de modo saudável.

Assim, tanto pelo lado da tecnologia, com a introdução do padrão digital, quanto pelo lado da legislação, ambos os setores reúnem condições de exercer um papel importante na modificação e reencaminhamento das atividades dos serviços de comunicação eletrônica de massa, de modo que seja possível evoluir mais um passo em direção à sociedade da informação e inserir o Brasil como parceiro mundial nesta área também.

5.5. Legislação – uniformização das regras de TV por assinatura e radiodifusão “Comunicação Social Eletrônica”

A escolha do padrão digital não depende diretamente de mudanças ou adaptações de normas legislativas, mas está condicionada a estudos tecnológicos e pesquisas sobre as vantagens e desvantagens para o país em termos de aumento de receitas diretas e indiretas, decorrentes da escolha da tecnologia para fabricação dos aparelhos e adaptadores, bem como do desenvolvimento de nova programação e prestação de serviços acessórios, atrelados à implementação da nova tecnologia.

A necessidade de elaboração de novo código ou marco regulatório é urgente. Por seu intermédio, será possível evoluir na disciplina da prestação dos serviços, conteúdo de programação, bem como estabelecer in-

centivos e fomento ao desenvolvimento regional e nacional à educação e cultura.

A alternativa da criação de uma lei única foi prevista por vários anteprojetos da Lei de comunicação eletrônica de massa, que datam de 1999.

Naquela época, tal legislação era vista como a seqüência natural do planejamento para a modernização das comunicações no Brasil.

O documento, que teve seis versões, foi deixado pelo Ministro Sérgio Motta e tinha como objetivo principal reorganizar e consolidar as regras da Lei nº 4.117/62, os dispositivos da Lei do Cabo e das demais resoluções sobre o MMDS e DTH, além de trazer capítulos sobre utilização de infra-estrutura, compartilhamento e programação.

Tal anteprojeto teve sua tramitação suspensa e foi depois substituído por um que visava somente atualizar a regulamentação dos serviços de radiodifusão, deixando de lado qualquer referência à convergência entre TV por assinatura e radiodifusão.

Atualmente, com a posse do novo governo, o Ministério das Comunicações anunciou a retomada da idéia inicial de regulação conjunta e novos anteprojetos da Lei de Comunicação Social Eletrônica já estão sendo estudados.

A oportunidade de revisão e consolidação das regras que disciplinam o serviços de TV por assinatura e o serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens deve ser aproveitada. Com a edição de um novo diploma legal, o Brasil irá galgar mais um grande passo na direção da sua inserção como um país que oferece todas as condições necessárias para que seus membros participem da comunidade global digital, garantindo a plenitude do exercício do direito de acesso à informação.

Notas

¹Lei 8.977/95, art. 42. “Os atuais detentores de autorização do Serviço de Distribuição de Sinais de TV por Meios Físicos – DISTV, regulado pela Por-

taria nº 250, de 13 de dezembro de 1989, do Ministro de Estado das Comunicações, outorgadas até 31 de dezembro de 1993, que manifestarem formalmente ao Ministério das Comunicações o seu enquadramento nas disposições desta Lei, terão suas autorizações transformadas em concessão para execução e exploração do serviço de TV a Cabo, pelo prazo de quinze anos, contado a partir da data da outorga da concessão.

§1º A manifestação de submissão às disposições desta Lei assegurará a transformação das autorizações de DISTV em concessão para a prestação do serviço de TV a Cabo e deverá ser feita no prazo máximo e improrrogável de noventa dias, a partir da data da publicação desta Lei.

§2º O Poder Executivo, de posse da manifestação de submissão às disposições desta Lei, tal como prevê este artigo, expedirá, no prazo máximo e improrrogável de trinta dias, o correspondente ato de outorga da concessão para a prestação do serviço de TV a Cabo.

§3º As autorizatárias do serviço de DISTV que ainda não entraram em operação e tiverem a sua autorização transformada em concessão do serviço de TV a Cabo terão o prazo máximo e improrrogável de doze meses para o fazerem, a contar da data da publicação desta Lei, sem o que terão cassadas liminarmente suas concessões.”

²A Norma nº 008/97, que regula o DTH, dispõe em sua cláusula 2ª:

“Serviço DTH é uma das modalidades de Serviços Especiais regulamentados pelo Decreto nº 2.196, de 8 de abril de 1997, que tem como objetivo a distribuição de sinais de televisão ou de áudio, bem como de ambos, através de satélites, a assinantes localizados na área de prestação do serviço.”

³ “Emenda nº 8: “Art 21 Compete à União: (...)

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.

⁴ Constituição 88: “Art 21. Compete à União:

XI – explorar mediante concessão a empresas sob o controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

XII – explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações”.

⁵Art. 212. O serviço de TV a Cabo, inclusive quanto aos atos, condições e procedimentos de outorga, continuará regido pela Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, ficando transferidas à Agência as competências atribuídas pela referida Lei ao Poder Executivo.

⁶Art. 1º. O serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral será prestado nos regimes público e privado, nos termos dos artigos. 18, inciso I, 64 e 65, inciso III, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e do disposto neste Plano Geral de Outorgas.

§1º. Serviço telefônico fixo comutado é o serviço de telecomunicações que, por meio da transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia.

Art. 2º. São direitos das prestadoras do serviço a que se refere o art. 1º a implantação, expansão e operação dos troncos, redes e centrais de comutação necessários à sua execução, bem assim sua exploração industrial.

Art. 3º. Aos demais serviços de telecomunicações, não mencionados no art. 1º, aplica-se o regime jurídico previsto no Livro III, Título III, da Lei nº 9.472, de 1997. (Regime Privado)

⁷Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

I – a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;

II – nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;

IV – o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;

V – haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.

⁸ conforme esclarece o art. 8º, parágrafo 2º, da LGT.

⁹ LGT, art. 214: Na aplicação desta Lei, serão observadas as seguintes disposições:

I – os regulamentos, normas e demais regras em vigor serão gradativamente substituídos por regulamentação a ser editada pela Agência, em cumprimento a esta Lei;

II – enquanto não for editada a nova regulamentação, as concessões, permissões e autorizações continuarão regidas pelos atuais regulamentos, normas e regras.

¹⁰ Art. 4º “Serviço de telecomunicações prestado no regime privado, de interesse coletivo, destinado a difusão unidirecional ou comunicação assi-

métrica, entre o prestador e os usuários em sua área de serviço, de sinais de telecomunicações, para serem recebidos livremente pelo público em geral ou por assinantes.”

¹¹ Decreto nº 52.795 de 31 de outubro de 1963: Art. 1º - Os serviços de radiodifusão, compreendendo a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a transmissão de sons e imagens (televisão), a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral, obedecerão aos preceitos da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, do Decreto nº 52.026, de 20 de maio de 1963, deste Regulamento e das Normas baixadas pelo Ministério das Comunicações, observando, quanto à outorga para execução desses serviços, as disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Parágrafo único. Os serviços de radiodifusão obedecerão, também às normas constantes dos atos internacionais em vigor e dos que no futuro se celebrarem, referendados pelo Congresso Nacional.

Art. 3º – Os serviços de radiodifusão têm finalidade educativa e cultural, mesmo em seus aspectos informativo e recreativo, e são considerados de interesse nacional, sendo permitido, apenas, a exploração comercial dos mesmos, na medida em que não prejudique esse interesse e aquela finalidade.

¹² Art. 211. A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica.

Parágrafo único. Caberá à Agência a fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das respectivas estações.

¹³Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

§1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

§2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

§3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípi-

os enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

§4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o §1º.

§5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o §1º serão comunicadas ao Congresso Nacional.”

¹⁴ Lei 4.117/62, art. 48: Nenhuma estação de radiodifusão poderá transmitir ou utilizar, total ou parcialmente, as emissões de estações congêneres, nacionais ou estrangeiras, sem estar por estas previamente autorizada. Durante a irradiação, a estação dará a conhecer que se trata de retransmissão ou aproveitamento de transmissão alheia, declarando, além do próprio indicativo e localização, os da estação de origem.

¹⁵ Lei 9.610/98, art 95: Cabe às empresas de radiodifusão o direito exclusivo de autorizar ou proibir retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como comunicação ao público em locais de frequência coletiva sem prejuízo dos direitos dos titulares dos bens incluídos na programação.

O artigo 95, por sua vez, reproduz o artigo 99 da Lei 5.988/73 que, por sua vez, já reproduzia fielmente o artigo 5º da Lei 4.944/66, ratificando a Convenção Internacional para proteção aos artistas e intérpretes ou executantes.

¹⁶ Art. 23. A operadora de TV a cabo, na sua área de prestação do serviço, deverá tornar disponíveis canais para as seguintes destinações:

I - CANAIS BÁSICOS DE UTILIZAÇÃO GRATUITA:

a) canais destinados à distribuição obrigatória, integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, da programação das emissoras geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em VHF ou UHF, abertos e não codificados, cujo sinal alcance a área do serviço de TV a Cabo e apresente nível técnico adequado, conforme padrões estabelecidos pelo Poder Executivo;

b) um canal legislativo municipal/estadual, reservado para uso compartilhado entre as Câmaras de Vereadores localizadas nos municípios de área de prestação do serviço e a Assembléia Legislativa do respectivo Estado, sendo o canal voltado para a documentação dos trabalhos parlamentares, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

c) um canal reservado para a Câmara dos Deputados, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

d) um canal reservado para o Senado Federal, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

e) um canal universitário, reservado para o uso compartilhado entre as universidades localizadas

no município ou municípios da área de prestação do serviço;

f) um canal educativo/cultural, reservado para utilização pelos órgãos que tratam de educação e cultura no governo federal e nos governos estadual e municipal com jurisdição sobre a área de prestação do serviço;

g) um canal comunitário aberto para utilização livre por entidades não governamentais e sem fins lucrativos.

Bibliografia

AZULAY NETO, Messod; LIMA, Antonio Roberto Pires de. *O novo cenário das telecomunicações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 517 p.

BITTAR, Carlos Alberto. *O direito de autor nos meios modernos de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. 140 p.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. 159 p.

DANTAS, F. C. de San Tiago. Poder regulamentar das autarquias. In: _____. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953. 428 p.

HERRERA, Alejandra. *Introdução ao estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil*. [São Paulo: Singular, 2003]. 255 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. 792 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder regulamentar das agências*.

Glossário

Banda – determinada faixa de frequências do espectro eletromagnético. (fonte: Anatel)

Banda C – faixa de frequências de microondas situada entre 3,7 GHz e 4,2 GHz. É utilizada na comunicação por satélites e também em links terrenos. O termo é usado também para designar os primeiros serviços de TV via satélite, que usavam essa faixa de frequências. (fonte: Associação Brasileira de Telecomunicações por Assinatura – ABTA)

Banda KU – faixa de frequências de microondas de 10,95 a 12,7 GHz usada para aplicações espaciais e nos serviços de DTH. (fonte: Anatel)

Cabo Coaxial – é um cabo de alta capacidade usado nos serviços de telecomunicações. Contém um fio contínuo isolado por um material dielétrico e cercado por um protetor metálico sólido ou trançado, envolvidos em uma capa plástica. (fonte: Anatel)

DISTV – Serviço de Distribuição de Sinais de TV por Meios Físicos.

DTH “Direct to home” – serviço de distribuição de sinais do satélite diretamente para a casa do assinante. (fonte: ABTA)

Espectro – faixa contínua de frequências, habitualmente larga, dentro da qual as ondas valores discretos de frequência de determinada natureza têm alguma propriedade em comum.(fonte: Anatel)

Espectro Radioelétrico – parte do espectro eletromagnético que é, do ponto de vista do conhecimento tecnológico atual, passível de uso por sistemas de radiocomunicação. (fonte: Anatel)

MMDS “Multichannel Multipoint Distribution Service” (Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal) – é uma modalidade de serviço especial que se utiliza de faixa de microondas para transmitir sinais a serem recebidos em pontos determinados dentro da área de prestação de serviço. (fonte: Anatel)

Modulação – processo através do qual certas características de uma onda são modificadas em função de uma característica de uma outra onda ou sinal. É o processo de agregar um sinal de informação a uma frequência de rádio, de maneira que na recepção essa informação possa ser selecionada e isolada de outros sinais transmitidos. (fonte: Anatel)

“Must carry” – Obrigações das operadoras de TV por assinatura a transportarem os canais abertos. (fonte: ABTA)

Ponto a ponto – comunicação entre um único ponto de origem e um único ponto de destino. (fonte: Anatel)

Radiochamada – serviço especial de telecomunicações destinado a transmitir, de forma unidirecional, sinais de chamada especialmente codificados, endereçados a receptores móveis dos assinantes do serviço. Os terminais utilizados podem apenas emitir um tom de áudio ou, os mais sofisticados, receber curtas mensagens em forma de texto. Estão destinadas a esse serviço as faixas de radiofrequências 929 MHz e 931 MHz. (fonte: Anatel)

Serviço de Telecomunicações de Interesse Coletivo – é aquele cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias, observados os requisitos da regulamentação. (fonte: Anatel)

Serviço de Telecomunicações de Interesse Restrito – é aquele destinado ao uso do próprio executante ou prestado a determinados grupos de usuários, selecionados pela prestadora mediante critérios por ela estabelecidos, observados os requisitos da regulamentação, e dar-se-á somente em regime privado. (fonte: Anatel)

UHF “Ultra High Frequency” – faixa de radiofrequências entre 300 MHz e 3000 MHz. (fonte: Anatel)

VHF “Very High Frequency” – faixa de radiofrequências entre 30 MHz e 300 MHz. (fonte: Anatel)

O sistema jurídico no Brasil Império: alguns problemas teóricos

Pedro Braga

Sumário

1. Introdução. 2. Alguns problemas teóricos. 3. Conclusão

1. Introdução

Discutimos no presente artigo a legislação vigente no Brasil Império, principalmente a penal. Na parte final, enfocamos um problema teórico que nos pareceu relevante: como conciliar uma legislação de cunho liberal em uma sociedade escravagista, patrimonialista e atrasada? Como se deu a operacionalidade, do ponto de vista da dogmática jurídica, das leis penais do Brasil Império, no contexto social e econômico da época? Num contexto dito liberal, a existência mesma de normas aplicáveis consoante a classe social do destinatário, normas flagrantemente destoando das normas constitucionais vigentes, colocava, a nosso ver, problemas teóricos referentes a antinomias, inclusive em nível constitucional, bem como problemas relacionados a sua validade e à eficácia delas decorrente.

Ao analisar o ordenamento jurídico do Brasil Império, deparamo-nos com um caso *sui generis* da perda de eficácia de norma hierarquicamente superior que cede a primazia para norma hierarquicamente inferior. Refiro-me à Carta de 1824 e ao Código Criminal e a leis extravagantes. Propomos três linhas de investigação, ou três hipóteses: 1) A existência de dois ordenamentos jurídicos (excluído o canônico), um princi-

Pedro Braga é Sociólogo e Servidor do Senado Federal.

pal e outro em relação de subordinação; 2) A existência de falsas antinomias (não havendo portanto coincidência sobre os diferentes âmbitos de validade); e 3) Havia antinomias, mas solucionadas pelo Judiciário que, contrário a toda lógica jurídica, afastava a norma constitucional para aplicar uma hierarquicamente inferior.

Analisamos também, embora não exaustivamente, a posição doutrinária em face dessa dubiedade do ordenamento jurídico.

Da sociedade para a lei, e desta para o problema. Eis a nossa *démarche*.

2. Alguns problemas teóricos

A sociedade da época imperial possuía, é escusado dizer-se, um baixo nível de consciência jurídica, e a natureza liberal das leis era pouco mais ou menos como as idéias fora de lugar em uma sociedade patrimonialista e escravocrata. Isso constituía um flagrante descompasso. As leis eram liberais, mas poderia o escravo clamar por seus direitos (a bem da verdade direitos naturais constitucionalizados), evocar os princípios da igualdade assegurados pela Carta Magna? De Legalidade? Seguramente as leis liberais não eram feitas para os escravos, mas tão-somente para os senhores, os homens livres. A legislação civil do Brasil Império quase não menciona o elemento servil, não lhe reservando nenhum estatuto jurídico. Ele, todavia, tem um lugar de “destaque” na legislação penal. A sociedade, sem embargo, não era constituída somente por homens livres. Os índios eram considerados “órfãos”, e os africanos, sem personalidade jurídica, considerados coisas, objetos, patrimônio, embora o Código Criminal do Império lhes reservasse, como já vimos, alguma proteção: a de apanhar com moderação.

O liberalismo como doutrina apresenta uma tríplice dimensão. A primeira, “ético-filosófica”, defende a liberdade individual, o individualismo, a dignidade, a crença na vida, a tolerância. A segunda, de natureza econômica, reivindica a economia de mer-

cado, a livre iniciativa, respeito à propriedade privada, intervenção mínima do poder estatal na sociedade. E, enfim, a terceira dimensão, a “político-jurídica”, baseia-se na divisão dos poderes, na representação política, na soberania popular, no direito e garantias individuais, no Estado de Direito (MACRIDIS apud WOLKMER, 1998, p. 74).

Francisco WEFFORT (1980, p. 108-112) assinala a ambigüidade do liberalismo brasileiro quando se refere a “formas liberais sobre estruturas de conteúdo oligárquico”.

Para Viotti da COSTA (1985, p. 33) esse liberalismo era apenas uma trincheira que as elites brasileiras usaram para romper com os vínculos coloniais. Essas elites não tinham interesse em levá-lo às últimas conseqüências, reformando a estrutura de produção e conseqüentemente a sociedade.

Roberto SCHWARZ (1993, p. 153-159) refere-se a “idéias fora do lugar” em seu ensaio homônimo, para caracterizar a discrepância entre as concepções liberais importadas da Europa e a realidade socioeconômica do Brasil imperial, quando o liberalismo tinha, paradoxalmente, que conviver com a escravidão.

O Estado brasileiro organizou-se, então, em bases liberais sobre uma sociedade de estrutura patrimonialista e escravocrata. A liberdade e outros direitos incorporados pela Carta de 1824 eram, no dizer de Sérgio ADORNO (apud WOLKMER, 1998, p. 85), “passíveis de serem suspensos; e a igualdade suscitada era freqüentemente remetida à existência de desigualdades naturais entre os indivíduos”.

Machado de ASSIS (apud BOSI, 2001, p. 222), na crônica *História de quinze dias*, publicada em 15 de agosto de 1876, escreve: “As instituições existem, mas por e para 30 por cento dos cidadãos. Proponho uma reforma no estilo político. Não se deve dizer: ‘consultar a nação, representantes da nação, os poderes da nação’; mas ‘consultar os 30 por cento, representantes dos 30 por cento, poderes dos 30 por cento’. A opinião

pública é uma metáfora sem base; há só a opinião dos 30 por cento”.

Como se dava a decidibilidade num quadro de flagrantes contradições? Trabalharemos primeiramente com a solução que Tercio Sampaio FERRAZ JÚNIOR (1994) chamou, por analogia com a cibernética, de “regra de calibração”, em sua obra *Introdução ao estudo do direito*. Em seguida, analisaremos a coexistência de normas jurídicas antagônicas: normas liberais para os homens livres, e outras feitas para o elemento servil. A questão é saber como se dava essa coexistência, e como os operadores do direito resolviam problemas relacionados com antinomias, validade e eficácia da norma jurídica, por exemplo, e com os princípios gerais do direito e princípios axiológicos então aceitos pelo mundo jurídico, no conjunto do sistema liberal.

As regras de calibração regulam ou ajustam um sistema, com função de retroalimentação (*feedback*) para usar-se uma expressão daquela ciência. É como o termostato que liga e desliga um aparelho, a fim de manter a temperatura em determinado patamar. O valor nominal desejado é o *valor de dever-ser*, e o valor real, acima ou abaixo do desejado e programado, é o *valor de ser*. Esses valores constituem as regras de regulagem ou calibração, regras estruturais do sistema. Para FERRAZ JÚNIOR (1994), os ordenamentos jurídicos “são constituídos primariamente por normas (repertórios do sistema) que guardam entre si relações de validade reguladas por regras de calibração (estrutura do sistema). Como sistema, eles atuam num meio ambiente, a vida social, que lhes impõe demandas (pede decisão de conflitos). Para essa atuação ou funcionamento, as normas têm de estar imunizadas contra a indiferença, o que ocorre pela constituição de séries hierárquicas de validade, que culminam em uma norma-origem. Quando, porém, uma série não dá conta das demandas, o sistema exige uma mudança em seu *padrão* de funcionamento, o que ocorre pela criação de nova norma-origem e, em

conseqüência, de nova série hierárquica”. Essa foi a saída para os juízes do Tribunal de Nuremberg. Como não havia lei contra genocídio, mas tampouco os criminosos nazistas não devendo ficar impunes, os juízes mudaram o padrão de funcionamento do ordenamento penal internacional, fundado no princípio da legalidade (*nullum crimen...*), para o padrão de legitimidade, fundado no princípio fundamental de respeito à vida e convivência da comunidade internacional. Isso teve igualmente o intuito de impedir uma represália do gênero autotutela relativamente aos nazistas.

As regras de calibração dizem respeito igualmente às lacunas da lei e à forma de integração do direito. Ao surgir um fato relevante para o mundo jurídico, e para o qual não existe uma norma apropriada, intervém a norma de regulagem “segundo a qual é defeso ao juiz deixar de julgar sob o argumento de falta ou obscuridade da lei”.

As regras de calibração são dinâmicas. Não só elas “estatuem relações dinâmicas de imperatividade, mas também surgem e desaparecem na História”. As fontes dessas regras são a jurisprudência dos tribunais (“regras jurisprudenciais: a prova cabe a quem alega”), a doutrina (“regras doutrinárias: normas jurídicas constituem uma ordem escalonada”), a política (“regras políticas: o princípio da maioria”), a moral (“regras morais: o princípio da boa-fé”), a religião (“regras religiosas: o princípio cristão da dignidade da pessoa humana”) etc. Em razão delas, o sistema, ao mudar de padrão, não se desintrega. Como vimos, uma vez usadas, elas tendem a desaparecer ou perder força. FERRAZ JÚNIOR (1994) dá como exemplo, no plano da hermenêutica, a regra *In claris cessat interpretatio*. Uma dessas regras de regulagem do sistema é a da desconsideração da pessoa jurídica, usada inicialmente em países anglo-saxônicos, para chegar-se à responsabilidade da pessoa física (princípio do *Disregard*). A desconsideração da pessoa jurídica, ao contrário, não perdeu força, posto que positivada em vári-

os ordenamentos jurídicos – regra essa de regulamentação inicialmente fundada na vedação do enriquecimento sem causa.

É extensa e complexa a demonstração de Ferraz Júnior. Ficaremos adstritos ao que interessa diretamente à finalidade deste artigo, ou seja, a questão da calibração do ordenamento com vários padrões de funcionamento, ou seja, a mudança possível no padrão de regulamentação considerando o valor de dever-ser e o valor de ser. Os ordenamentos não são totalidades homogêneas embora haja coesão interna no sistema. Sua unidade não é garantida por uma norma; eles possuem séries normativas plurais. Quando as séries hierárquicas de validade não dão conta das demandas, ocorre uma mudança no padrão de funcionamento do sistema, culminando com a criação de uma nova norma-origem. Assim, escreve FERRAZ JÚNIOR (1994, p. 190-196): “A hierarquia legal, portanto, é *uma* das estruturas *possíveis* do sistema dinâmico, que pode, de momento para momento, assumir outros padrões (padrão-efetividade, padrão-legitimidade, padrão dos regimes de exceção etc.)”. E conclui ele: “Cabe ao jurista, com base na ciência dogmática, operar a possibilidade do jogo. Para isso, ele necessita de conceitos operacionais dinâmicos, sem os quais os conflitos sociais seriam indecíveis. Embora dinâmicos, estes conceitos têm de possibilitar alguma forma de estabilidade (estabilidade na mudança)”.

Do ponto de vista das normas constitucionais no Brasil Império, há pelo menos dois exemplos de mudanças de padrão de regulamentação. O primeiro diz respeito ao fato de que a Carta de 1824 não estabelecia a forma parlamentarista de governo, muito embora ela existisse, em certo sentido, na prática — parlamentarismo atípico, convenhamos, mas parlamentarismo assim mesmo — tendo havido, até mesmo, um decreto imperial criando a figura de Presidente do Conselho de Ministros (Decreto nº 523, de 20 de julho de 1847), cabendo a este a faculdade de nomear e demitir os integrantes do

Ministério. Poder-se-ia chamar esse procedimento de mudança do padrão-legalidade para o do padrão-efetividade.

O segundo exemplo refere-se às aposentadorias compulsórias de magistrados. Pela Carta, magistrados só perderiam o lugar por sentença. No entanto, ministros aposentaram compulsoriamente magistrados, em flagrante ilegalidade. O Marquês de Paraná o fez com a aprovação da Câmara. O Visconde de Sinimbu idem, relativamente a vários ministros do Supremo Tribunal de Justiça. Nabuco de Araújo já havia, anos antes, quando Ministro da Justiça, referendado a violação do princípio da vitaliciedade praticada pelo próprio Imperador. O Marquês de Paraná tentou louvar-se nas antigas Ordenações do Reino; Nabuco opera às claras a mudança do padrão-legalidade para o padrão-político. Tentando justificar sua atitude, ele afirma: “A independência do Poder não é o mesmo que a independência dos seus membros; todos os poderes políticos são independentes, mas há poderes políticos cujos membros são amovíveis, assim o Executivo”. E é NOGUEIRA (1999) quem nos informa que a Câmara acolheu o parecer da Comissão que examinou a acusação contra Nabuco, que reconhecia a ilegalidade do ato, mas o justificava politicamente. Era este o parecer: “A Câmara, julgando que o decreto não é autorizado pela Constituição e pelas leis, contudo, à vista das razões expendidas pelo ex-Ministro da Justiça que o referendou, e certa da sinceridade de sua convicção de que bem servia o país, não julga conveniente decretar sua acusação” (ARAÚJO apud NOGUEIRA, 1999, p. 38)¹.

Do ponto de vista de aplicação de norma infraconstitucional, outro exemplo de mudança de padrão de regulamentação ainda nos é dado por Nabuco de Araújo, operando uma vez mais a substituição do padrão-legalidade pelo padrão-político. Com efeito, Nabuco de Araújo, ministro da Justiça do gabinete de Paraná, concordara com a não eficácia da lei de 7 de novembro de 1831, que declarava livres os africanos desembar-

cados no Brasil após essa data. É Alfredo BOSI (2001, p. 232) que informa: “O ministro Nabuco não só aceitara aquela aberta violação da lei de 1831 como a defendera em termos de *razão de Estado*, aconselhando o presidente da província de São Paulo a lançar mão dela no caso particular de um africano, de nome Bento, trazido clandestinamente ao Brasil após a cessação legal do tráfico”. E continua BOSI: “O escravo tinha fugido e, ao ser apreendido pela polícia, foi liberado pelo juiz de direito que conseguira apurar a data de sua entrada. Nabuco de Araújo, porém, justifica os *direitos do senhor* que o reclamava, alegando ‘o bem dos interesses coletivos da sociedade, cuja defesa incumbe ao governo’, e remata: ‘Não convém que se profira um julgamento contra a lei, mas convém evitar um julgamento em prejuízo desses interesses, um julgamento que causaria alarma e exasperação aos proprietários’.” E BOSI conclui: “Em 1854, o legítimo era, para o ministro Nabuco, o interesse dos fazendeiros; e legal, mas infringível, a lei que protegia a liberdade dos africanos”. Constata-se com esses exemplos a prevalência dos interesses dominantes, mesmo *contra legem*, sob a escusa de *razão de Estado* que mal saberia dissimular o puro arbítrio.

Por outro lado, quando se trata de fazer justiça efetivamente, os magistrados podem recorrer ao procedimento a que Norberto BOBBIO (1999, p. 56, 149) refere-se como “juízos de equidade”: “Chamam-se ‘juízos de equidade’ aqueles em que o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida”. E ainda: “O juízo de equidade pode ser definido como autorização, ao juiz, de produzir direito fora de cada limite material imposto pelas normas superiores”. E conclui que tal juízo é “sempre excepcional”. O juízo de equidade (também chamado de *Direito judiciário*) seria, em definitivo, uma forma de heterointegração, ao lado do costume e da doutrina. Essa maneira de operar o direito torna-se mais fácil em países onde o sistema seja o da *Common Law*, em que o poder

criativo do juiz é mais amplo, derivando esse poder de outras fontes, além da lei escrita, como o costume ou o precedente jurisprudencial. Operando o direito segundo tal procedimento é que um juiz americano, em 1899, no caso “*Riggs vs Palmer*”, desconsiderou o direito (assegurado por lei) de um legatário que havia assassinado seu testador, louvado no princípio consoante o qual a “ninguém aproveita sua própria torpeza”².

Quanto à questão da existência de vários ordenamentos jurídicos do direito positivo em um mesmo espaço e tempo, Norberto BOBBIO (1997, p. 11-12) assinala que a sociedade medieval possuía um “caráter eminentemente pluralista”, quer isso dizer “que o direito segundo o qual estava regulada originava-se de diferentes *fontes* de produção jurídica, e estava organizado em diversos *ordenamentos jurídicos*”. Relativamente à pluralidade de ordenamentos, “existiam ordenamentos jurídicos originários e autônomos seja acima do *regnum*, isto é, a Igreja e o Império, seja abaixo, como os feudos, as comunas, as corporações”.

No quadro da discussão teórica aqui suscitada, essa questão do ordenamento merece ser problematizada. Sabemos desde Kelsen que a norma fundamental confere unidade a todas as normas, ao ordenamento jurídico como um todo, enfim. Como se colocaria essa questão *vis à vis* do sistema jurídico do Brasil Império? As normas endereçadas exclusivamente aos escravos comporiam um ordenamento autônomo? Se positivo, de onde, de que norma fundamental derivaria esse ordenamento que poderíamos chamar “de exceção”? Ou haveria apenas o ordenamento liberal eivado de antinomias de princípios e regras? De duas uma: ou havia dois ordenamentos jurídicos no Brasil Império (sem se falar no canônico), ou o ordenamento dito liberal fundava-se sobre princípios antinômicos. Em ambos os casos, seria a Carta de 1824 mera vitrine de um pseudoliberalismo. Nunca houve, nem mesmo como forma de protesto político, arguição de inconstitucionalidade rela-

tivamente às “leis de exceção”, na defesa dos interesses do elemento servil. A situação era bem mais complexa, já se vê.

Começemos com a norma fundamental. Para isso, vamos nos valer da exposição realizada por Norberto BOBBIO (1999) em *Teoria do ordenamento jurídico*. Segundo BOBBIO, tal norma “é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento”. E mais adiante afirma: “Por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma”. Em todo ordenamento, há portanto normas superiores e inferiores, dispostas em ordem hierárquica. Na pirâmide que representa o ordenamento jurídico, constatam-se o poder constitucional, o legislativo ordinário, o regulamentar, o jurisdicional, o poder de negociação.

Assim, o princípio unificador de um ordenamento advém da norma fundamental: “Não só a exigência de *unidade* do ordenamento nos induzem a postular a norma fundamental, a qual é, simultaneamente, o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento. E como um ordenamento pressupõe a existência de um critério para estabelecer se as partes pertencem ao todo, e um princípio que as unifique, não pode existir um ordenamento sem norma fundamental”. É portanto a norma fundamental que assegura a unidade do sistema.

Outra questão correlata é a da coerência do ordenamento. Com efeito, o ordenamento constitui um sistema, ou seja, é uma unidade sistemática. Um sistema pressupõe uma “totalidade ordenada”, um conjunto cujos elementos obedecem a uma ordem, “num relacionamento de coerência entre si”.

BOBBIO (1999) cita KELSEN, que distingue dois tipos de sistema entre os ordena-

mentos normativos: um a que chama *estático* e outro, *dinâmico*. E explicita: “Sistema estático é aquele no qual as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, ou seja, pelo fato de que derivam umas das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico”. Nesse sistema, as normas relacionam-se entre si do ponto de vista de seu *conteúdo*.

Por outro lado, sistema dinâmico “é aquele no qual as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através do seu conteúdo, mas através da *autoridade* que as colocou; uma autoridade inferior deriva de uma autoridade superior, até que chega à autoridade suprema que não tem nenhuma outra acima de si”. Nesse tipo de ordenamento normativo, o relacionamento entre as normas é não mais material, mas *formal*. Para KELSEN, (apud BOBBIO, 1999) os ordenamentos jurídicos são do tipo dinâmico, enquanto os estáticos são os ordenamentos morais.

Por conseguinte, pelo fato de um ordenamento constituir um sistema, nele não pode haver normas incompatíveis. Se houver, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. As normas se enquadram no sistema quando derivam de uma das fontes autorizadas e quando não possuírem nenhuma incompatibilidade com outras normas. Só assim elas serão válidas. O Direito, portanto, não admite antinomias.

Ora, a Constituição de 1824 proibia sevícias contra os escravos e, seis anos depois, o Código Criminal autorizava. Antinomia? Os particulares continuavam a punir seus escravos segundo o Código, mas ao arpejo da Carta Maior. E a hierarquia das leis?

Lemos ainda em BOBBIO (1999, p. 58 et seq.) que, para que haja antinomias, são necessárias algumas condições: 1) “As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento”. Se as normas pertencem a ordenamentos diferentes, e há antinomia, é porque

os ordenamentos não são independentes entre si; mantêm um relacionamento seja de coordenação, seja de subordinação. 2) “As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade”, que são: temporal, espacial, pessoal e material.

Há antinomia igualmente quando ocorrem conflitos entre os critérios para a sua solução. É a chamada antinomia de segundo grau. No exemplo acima referido, é flagrante o conflito entre o critério hierárquico e o cronológico. A norma posterior-inferior tendo primazia sobre a anterior-superior, ou seja, o Código Criminal prevalecendo sobre a Constituição.

Do ponto de vista teórico, uma maneira de conceber esse problema sistêmico referente às normas do Brasil Império, e o modo como os operadores do direito lidavam com a dogmática jurídica àquela época, é considerar que havia dois ordenamentos distintos, o liberal (numa relação de supremacia) e o “de exceção” (numa relação de subordinação).

O ordenamento “de exceção” era um sistema paralelo, feito sob medida para o elemento servil. A especificidade é que o primeiro e o último emanavam da mesma fonte: o direito legislativo produzido pelo Estado. Assim, a Lei de 10 de junho de 1835 proibia a concessão do benefício da graça aos escravos condenados à morte e determinava a execução imediata da sentença. Havia igualmente o júri específico de escravos, revogado pela Lei nº 3.310, de 10 de outubro de 1886. No próprio Código Criminal, havia normas “de exceção”. Portanto, havia o concurso dos dois procedimentos. O direito português já nos havia dado o exemplo de legislação diferenciada segundo a origem racial. Nas Ordenações Afonsinas, constava todo um conjunto de normas aplicáveis apenas aos judeus, normas essas que não foram incluídas nas Ordenações Manuêlinas, código que lhe sucedeu, porque já não faziam sentido, haja vista a expulsão dos israelitas de Portugal em 1496.

Com efeito, tanto o ordenamento liberal quanto o “de exceção” emanavam da mes-

ma fonte: o direito legislativo produzido pelo Estado. O problema é que o primeiro era a negação formal do segundo, e também que o ordenamento liberal, embora fosse a sua antítese, acolhia, em seu seio, paradoxalmente, normas “de exceção”. Ou seja, a legislação “de exceção”, além de constituída por leis extravagantes, acontece também estar embutida no ordenamento liberal, como no Código Criminal, como já vimos. Se trabalharmos com essa hipótese de constituírem dois ordenamentos distintos, não havia antinomias no interior do mesmo ordenamento, já que se tratava de sistemas diferentes, embora essas normas ligadas formal, mas não materialmente, coexistissem numa relação de evidente promiscuidade³. As normas devem coincidir, como já vimos linhas acima, para haver antinomia, com respeito a vários itens, entre eles, o da validade pessoal, isto é, a categoria do indivíduo, cuja conduta elas pretendem disciplinar. Se as normas liberais e as endereçadas aos escravos eram incompatíveis, e mais que isso, antagônicas, e o eram efetivamente, não ocorria no entanto antinomia solúvel, mas sim real, insolúvel, posto que, em que pese a algumas delas estarem alocadas no ordenamento liberal, dele não faziam parte materialmente, apenas formalmente, como já nos referimos, pertencendo a outro ordenamento com normas com âmbito de validade pessoal não coincidente. Essa seria uma astúcia e um artifício que poderiam ser utilizados pelos legisladores para viabilizar, do ponto de vista da dogmática jurídica, a decidibilidade. Ao aceitarmos essa hipótese, no exemplo referido, haveria, portanto, antinomia insolúvel: a Carta de 1824 estabelece em seu Art. 179, XIX – “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis”. E o Código Criminal estatui, em seu Art. 60, a pena de trazer ferros que, além de aviltante, mortifica, em flagrante dissonância com a Constituição: “Se o réu for escravo, e incorrer em pena que não seja a capital ou de galés, será condenado na de açoites,

e, depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo e maneira que o juiz designar. O número de açoites será fixado na sentença, e o escravo não poderá levar por dia mais de cinqüenta”.

A Carta de 1824 aboliu a pena de açoite, salvo para os escravos. O Código Criminal a adotara, à semelhança de leis anteriores. Leis posteriores à vigência do código confirmam tal sanção.

O Desembargador Vicente Alves de Paula PESSOA (1877, p. 110 et seq.), magistrado do Brasil imperial (operador do Direito do século XIX), comentando esse artigo do Código Criminal, escreve: “Na sentença em que for o escravo condenado a açoites deve o Juiz que a proferir também condená-lo a trazer um ferro, pelo tempo e maneira porque for designado, conforme o presente artigo; não competindo esta atribuição ao Juiz executor, ao qual só incumbe a fiel execução das sentenças não as podendo alterar para mais ou para menos (Aviso nº 30, de 9 de março de 1850, § 3º). *Não obsta a esta disposição o Art. 179 § 19 da Constituição do Império, por isto que os escravos acham-se fora dela*” [grifo nosso].

Tal afirmação não excluía a norma, mas o sujeito, o que prova que efetivamente havia dois ordenamentos distintos, embora não independentes.

Com efeito, a lei civil não reconhecia ao escravo personalidade jurídica. Mas ele é contemplado pelo Código Criminal, e de modo diferente dos homens livres e dos libertos. Isso configura um contra-senso à vista da Carta Magna de matiz liberal. Já que lhe não era reconhecida a personalidade pela ordem jurídica vigente à época, qual então efetivamente a situação do cativo perante a lei? Não passara despercebida a Perdigão MALHEIRO (1976) essa ambigüidade. É ele quem escreve em seu livro fundamental: “Em relação à lei penal, o escravo, *sujeito* do delito ou agente dele, não é *coisa*, é pessoa na acepção lata do termo, é um ente humano, um homem enfim, igual

pela natureza aos outros homens livres seus semelhantes. Responde, portanto, pessoal e diretamente pelos delitos que cometa; o que sempre foi sem questão. *Objeto* do delito, porém, ou paciente, cumpre distinguir. O mal de que ele pessoalmente possa ser vítima não constitui crime de *dano*, e sim *ofensa física*, para ser punido como tal, embora o ofensor fique sujeito a indenizar o senhor; nesta última parte, a questão é de *propriedade*, mas na outra é de *personalidade*” (p. 49 et seq.).

Teixeira de FREITAS (2003), na *Consolidação das Leis Civis*, escreve a esse propósito: “Cumprir advertir que não há um só lugar do nosso texto onde se trate de *escravos*. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção, que lamentamos, condenado a extinguir-se em época mais ou menos remota, façamos também uma exceção, um capítulo avulso na reforma das nossas leis civis; não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o *estado de liberdade* sem o seu correlativo odioso. As leis concernentes à escravidão (que não são muitas) serão classificadas à parte, e formarão nosso *Código Negro*” (“Código Negro”, como era chamado o Editó de 1685 que dispunha sobre os escravos das colônias francesas). A própria “comissão incumbida de rever a Consolidação das Leis Civis” registra em seu relatório que “é sensível a omissão que houve na *Consolidação* a respeito das disposições concernentes à escravidão; porquanto, posto deva ela constituir, por motivos políticos e de ordem pública, uma lei especial, contudo convinha saber-se o estado defectivo da legislação a esse respeito”. Ao que Teixeira de FREITAS (2003, p. xxxvii et seq.) assinala: “Vai indicado o pouco que temos de legislação civil relativa a escravos; e além disto um copioso subsídio que extraímos do Direito Romano, única norma na solução dos casos ocorrentes. Assim procedemos no intuito de prestar um serviço ao foro. São mui freqüentes, e delicadas, as questões que este assunto oferece”.

A bem da verdade, a Carta de 1824, nem lei alguma, não reconhece ao escravo nenhum direito da cidadania, mesmo aos já nascidos no Brasil Império, para “qualquer efeito em relação à vida social, política ou pública”. É ainda MALHEIRO (1976) quem indaga: “... resta saber qual o direito que rege as relações dos escravos entre si, com seus senhores, e com terceiros, quanto aos direitos e obrigações civis e naturais, verdadeiro Dédalo, em que a própria legislação Romana (fonte mais abundante e rica de disposições a respeito) tantas vezes flutuou contraditória e incerta, rompendo quase sempre contra as regras gerais. Por modo que se pode dizer que as leis que regem essas relações são todas de exceção ao Direito Civil Comum”.

Ademais, o Juiz estipulava na sentença o número de açoites a serem infligidos ao escravo faltoso (não podendo exceder 50), bem como a maneira de trazer o ferro e sua duração. Tribunais do Império chegaram a modificar sentenças de juízes inferiores, aconselhando moderação na aplicação de sanções. O Aviso nº 140, de 1º de junho de 1864, determinava, segundo anotou do Desembargador Vicente Alves de Paula PESSOA (1877), que “a pena de prisão temporária, em que for comutada a de galés perpétuas, imposta a réus escravos, não pode ser convertida na de açoites”.

Por outro lado, o benefício previsto no Art. 311 do Código Criminal, que previa a comutação de galés temporárias em prisão com trabalho, não se estendia ao elemento servil. E um réu escravo condenado a galés perpétuas não podia beneficiar-se de um segundo julgamento.

Perdigão MALHEIRO (1976) elenca as exceções do direito relativamente aos escravos: “1º O escravo não é admitido a dar queixa por si, mas por intermédio de seu senhor, ou do Promotor Público, ou de qualquer do povo (se o senhor o não faz), como pessoa miserável; 2º Não pode dar denúncia contra o senhor; 3º Não pode ser *testemunha jurada*, e apenas informante; 4º Quando réu ou acusado, deve-se-lhe nomear defensor ou cura-

dor pelo Juiz do processo, se o senhor senão presta a isso como seu curador nato; 5º Que nos crimes da Lei de 10 de junho de 1835, assim como no de insurreição e quaisquer outros em que caiba a pena de morte, não há recurso algum, mesmo o de revista; 6º Que em tais casos pode ser extraordinariamente convocada sessão do Júri para o julgamento; 7º Que, todavia, se a condenação for em pena capital (morte), não se deve esta executar sem se decidir o recurso de graça ao Poder Moderador”.

Essa última disposição revoga o Decreto de 11 de abril de 1829, que, “mandado observar pelo Av. de 26 de fevereiro de 1834, ordenava que se executasse *logo* a sentença, sem que fosse permitido nem mesmo o recurso de graça!”.

MALHEIRO (1976, p. 46-47) conclui que “esta legislação excepcional contra o escravo, sobretudo em relação ao senhor, a aplicação da pena de açoites, o abuso da de morte, a interdição de recursos carecem de reforma”.

A esse propósito, lemos em um *Recurso apresentado em 1874 na Relação do Maranhão*: “O escravo é um ente privado dos direitos civis; não tem o de propriedade, o de liberdade individual, o de honra e reputação; todo o seu direito como criatura humana reduz-se ao da conservação da vida e da integridade do seu corpo; e só quando o senhor atenta contra este direito é que incorre em crime punível. Não há crime sem violação de direito”⁴ (NEQUETE apud CASTRO, 1999, p. 338).

Como se justificaria então essa coexistência promíscua de ordenamentos no seio de um regime que se queria liberal? É MALHEIRO (1976) quem nos indica um caminho. Por uma ficção jurídica, o escravo equivalia a *coisa*, pertencente à esfera de domínio de um senhor. Não possuía personalidade, sendo, portanto, privado de toda e qualquer capacidade civil. O Direito Romano que, a princípio, reconhecia o direito de vida e morte sobre o escravo, aos poucos foi reconhecendo que o elemento servil não era rigorosamente uma *coisa*, mas uma *pessoa*.

MALHEIRO acrescenta que, “em inúmeros casos se fazem exceções às regras e leis gerais da propriedade por inconciliáveis com os direitos ou deveres do *homem-escravo*, com os princípios de humanidade, e naturais. E assim vemos que é, de um lado, errônea a opinião daqueles que, *espíritos fortes*, ainda que poucos, pretendem entre nós aplicar cegamente e sem critério ao escravo todas as disposições gerais sobre a propriedade, bem como, de outro lado, não o é menos a daqueles que, levados pela extrema bondade do seu coração, deixam de aplicar as que devem sê-lo; apesar de que, em tal matéria, é menos censurável o procedimento dos últimos”. E conclui: “Em todas as questões, sobretudo e com especialidade nas que se referem ao *estado* de livre ou escravo, deve-se temperar com a maior equidade possível o rigor das leis gerais, sem todavia ofender um direito certo, líquido e incontestável de propriedade, resguardando-o tanto quanto seja compatível com a garantia e favor à liberdade. Nessa conciliação está toda a dificuldade”.

A operacionalidade dava-se, a nosso ver, pelo reconhecimento implícito da existência de dois ordenamentos. Temos assim a fórmula dada por um jurista da época que, embora abolicionista, possuía escravos, para se operar a calibragem do sistema sem romper nem o ordenamento principal, cuja norma maior era a própria Carta de 1824, de cariz liberal, nem o ordenamento “de exceção”. Desse modo, ficava resolvido igualmente o problema de possível antinomia das leis, de sua validade e eficácia.

Enquanto nas Ordenações as penas eram diferenciadas segundo a condição social do destinatário, no próprio corpo do código, no Brasil Império, essas penas eram diferenciadas no sistema legal ambivalente: liberal, para os homens livres e libertos; “de exceção”, para o elemento servil.

Ainda em seus comentários ao Código Criminal, o Desembargador PESSOA (1877) informa: “A Relação da Corte em Acórdão nº 137, de 15 de junho de 1875, reformando

uma sentença contra escravo, impôs a pena do médio do Art. 194 do Código Criminal e converteu em 200 açoites e a trazer ferro ao pescoço por 2 anos, unanimemente na forma deste artigo”. E conclui: “Dizemos, como sempre, que é bárbara uma tal pena, que deve ser revogada, sendo abolida de nossa legislação, e trazemos estas e outras decisões no mesmo sentido, para que os juízes uniformisem a decretação de açoites, sem esquecer os princípios de humanidade” [*sic*].

3. Conclusão

Não se pode, com efeito, escamotear o caráter ideológico do Direito. O que seria a lei, em definitivo, senão projeção da ideologia dominante no plano normativo, no âmbito do ordenamento jurídico? No Brasil Império, o que se constata é a coabitação — coabitação promíscua, bem entendido — de uma infra-estrutura escravagista com uma ideologia pseudoliberal. As leis ditas liberais, a Carta de 1824 em primeiro lugar, não passavam de um véu a encobrir o *real verdadeiro*, fazendo avultar o *real simplesmente desejado*, o *real ideológico*. No plano teórico, fica intocada a clássica correlação infra-estrutura/superestrutura. O pseudoliberalismo é, aqui, apenas a articulação do contraditório, daí por que não se trata, *de facto*, de liberalismo, mas de pseudoliberalismo simplesmente...

Estava hipocritamente, assim, preservado o liberalismo de fachada das elites do Brasil imperial.

Notas

¹ Rememoramos o fato de que durante o Estado Novo, quando os direitos fundamentais da pessoa humana não eram respeitados, Heleno Fragoso, atuando na defesa de Luís Carlos Prestes, dirigente do Partido Comunista, evocou a lei de proteção dos animais em benefício de seu cliente, já que lhe eram negados legalmente os direitos fundamentais (que são direitos naturais constitucionalizados), numa atitude de hiperbolização da ironia. Num sistema jurídico autoritário como era o do Estado

Novo, o grande criminalista tentou operar uma mudança de padrão de regulamentação, para suprir uma lacuna, fazendo apelo ao sarcasmo, quando o sistema lhe negava outra saída com vistas à decidibilidade. Na intuição do advogado porventura o novo padrão estaria baseado no princípio do respeito à vida animal...

² Paulo José Leite FARIAS (1987, p. 24), em sua *Apostila de direito civil, parte geral*, refere-se ao caso “Riggs vs Palmer”, ocorrido em Nova York em 1899, dado como exemplo por DWORKIN (1987, p. 24) na obra *Taking rights seriously*: um legatário assassina seu testador; embora do ponto de vista legal ele devesse beneficiar-se do legado, o juiz decidiu de outro modo, operando uma mudança no padrão de regulamentação. Ignora o padrão de funcionamento do sistema fundado na lei, e passa para o que poderíamos chamar de padrão de “justiça *contra legem*”. O juiz justificou essa mudança louvando-se no princípio segundo o qual a “ninguém aproveita sua própria torpeza”. FARIAS conclui: “Note-se que – e esta é a hipótese sobre a qual estrutura DWORKIN sua exposição – homicídio de quem deixa herança, praticado pelo herdeiro, *afasta*, em razão do princípio, a incidência da regra de sucessão que beneficiaria o homicida”.

³ No Brasil Império, houve um flagrante choque entre dois dos três ordenamentos existentes à época: o liberal (secular) e o canônico. Tratou-se de um conflito de jurisdição, a célebre “questão religiosa”, em que o primeiro ordenamento teve que se impor ao segundo de forma dramática (Cf. BONAVIDES; AMARAL, 1996).

⁴ Recurso apresentado por Raimundo José Lamagner Viana por intermédio de seu advogado Francisco de Melo Coutinho Vilhena.

Bibliografia

- BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997. 168 p.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999. 184 p.
- BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos políticos da história do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1996. 9 v.
- BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. 420 p.
- CASTRO, Hebe M. Mattos de. Laços de família e direitos no final da escravidão. In: ALENCASTRO, L.F. de (Org.). *Império: a corte e a modernidade nacional*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. (História da vida privada no Brasil, v. 2).
- COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 5th ed. Londres: Duckworth, 1987.
- FARIAS, Paulo José Leite. *Apostila de direito civil: parte geral*. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, [19--?]. 119 p.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368 p.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, 2003. 2 v. Edição fac-similar. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil).
- MALHEIRO, Perdígão. *A escravidão no Brasil; ensaio histórico, jurídico social*. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: INL, 1976. 2 v.
- NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras – 1824*. Brasília: Senado Federal: CEE-MCT: ESAF-MF, 1999. v. 1. 121 p.
- PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código Criminal do Império do Brasil anotado*. Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1877. 564 p.
- SCHWARZ, Roberto. As idéias fora do lugar. *Cadernos Cebrap*. São Paulo, n. 3, p. 153-159, 1993.
- WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980. 181 p.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 170 p.

O conteúdo da Constituição

Constituição sintética ou analítica?

Jarbas Maranhão

Não estaríamos discutindo essa questão não houvessem as Constituições posteriores à Primeira Grande Guerra, como a Constituição de Weimar, de 1919, e, até mesmo antes, a Constituição de 1917 do México, aumentado consideravelmente o seu conteúdo, numa tendência que parece irreversível do legislador constituinte contemporâneo de abarcar os mais variados aspectos da vida social, o que levou Mirkine Guetzévitch a definir essa tendência como de racionalização ou humanização do Poder.

As Constituições anteriores, não. Ao contrário, eram sóbrias. Eram documentos simples, de conteúdo reduzido e, seguindo doutrina antiga, tratavam do Estado, do Governo e do indivíduo.

Para uns constitucionalistas, uma Constituição se cingiria apenas a textos referentes à forma de Estado, à forma e ao regime de governo e à divisão dos poderes, com as suas respectivas atribuições.

Para outros, uma Constituição seria simplesmente uma Carta de Direitos do homem e do cidadão.

Para terceiros, mais práticos, mais objetivos e mais abrangentes, consistiria numa conciliação de normas sobre o Estado, sobre o Governo e sobre as liberdades do homem.

Uma Carta que defina a forma de Estado, a forma e o regime de governo e que declare e proteja os direitos humanos – é um texto constitucional completo.

Jarbas Maranhão foi Secretário de Estado, Deputado à Constituinte Nacional de 1946, Deputado Federal reeleito, Senador da República, Presidente do Tribunal de Contas de Pernambuco, Professor de Direito Constitucional, Integrante da Centenária Academia Pernambucana de Letras e da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas.

Essas Constituições clássicas se originaram do pensamento político de filósofos impressionados com o desenvolvimento do absolutismo monárquico, do absolutismo do poder público, naquela fase.

Ao final do século XVII, um grande pensador inglês, John Locke, do mesmo nível ou mais alto que Thomas Hobbes, pregou a necessidade da divisão dos poderes para que fosse assegurada, tanto quanto possível, a liberdade individual.

Alguns anos depois, já no século XVIII, Montesquieu, nas “Cartas Persas” e em “O Espírito das Leis”, investe contra o arbítrio do Rei, dotado de Poder Absoluto, e prega a divisão dos Poderes.

Jean-Jacques Rousseau foi além. Era um ideólogo, pensou não somente na igualdade civil como na igualdade social. Era um utópico ou revolucionário, naquela época, e defendeu a tese do governo resultante da vontade geral.

São idéias desses homens que pertencem ao *iluminismo*, ao movimento iluminista da França, época de ouro da inteligência francesa e de que participaram outros intelectuais, a exemplo de Voltaire, de Jean Meslier, de Helvetius, de Holbach, de Denis Diderot, de Jean D’Alembert, esses dois últimos iniciadores e organizadores da famosa *Encyclopedie*.

Na prática, resultaram essas Constituições democráticas dos movimentos revolucionários – da Revolução Americana contra o domínio da Inglaterra sobre as suas colônias e da Revolução Francesa feita pela burguesia com o apoio das massas populares, do campesinato e dos pobres de Paris, que investiram furiosamente contra as pontes levadiças e as torres da Bastilha, e as destruíram, iniciando assim a Revolução Francesa, a Revolução da Liberdade.

Símbolo do absolutismo derrotado pela revolução liberal burguesa foi o Rei Luís XIV – o Rei Sol – e até se atribui a ele uma frase simbólica do arbítrio, da prepotência política dos governantes: *L’État c’est moi*.

Ao lado da revolução política, haveria de surgir naturalmente a revolução econômica.

Ao lado da pregação de uma filosofia política, de um pensamento político liberal, haveria de correr passo a passo com ele o pensamento que informa o liberalismo econômico.

O liberalismo econômico surgiu em função do desenvolvimento do capitalismo, do avanço da burguesia, de descoberta da máquina a vapor, da máquina de tecer e da máquina de fiar.

Expressão desse pensamento são Quesnay, autor de *Physiocratie*, Du Pont de Nemours, Turgot e Adam Smith.

Era a pregação da liberdade econômica contra a onipotência do Estado, o clamor pela liberdade de empreendimento.

Quesnay defendendo o *laissez-faire, laissez-passer*, e Adam Smith o intercâmbio livre entre as economias nacionais sem a proteção alfandegária, proteção essa que, no momento, aumenta a crise dos países subdesenvolvidos e emergentes, diante das grandes potências industriais, que se retraem em matéria de mercado.

Como disse, anteriormente, essas observações são propiciadas pela circunstância de as Constituições de nosso tempo terem crescido no número de seus artigos, visando a regular o máximo possível.

Não ficaram como textos simples: Estado, Governo, liberdades humanas. Não. Quiseram cuidar de tudo numa manifesta desconfiança da capacidade, do engenho, da inteligência, da sinceridade do legislador ordinário. Nada para o legislador ordinário. Ele tem que ser disciplinado pelas normas fundamentais.

E então as Constituições passaram a exorbitar de seu conteúdo próprio. Nada de conteúdo mínimo, o conteúdo máximo é o que se deve perseguir.

E o que fizeram? Passaram a regular, com razão de ser, ao lado dos direitos civis e políticos do homem, os seus direitos econômicos, sociais, culturais.

Ao lado do direito de votar e ser votado, do direito de viajar, de morar onde quiser, de fazer contratos, de casar, surgiram o di-

reito à educação e à saúde, o direito ao trabalho, o direito de comer, de vestir, o direito de morar, o direito à igualdade de oportunidades, que é o traço marcante da verdadeira democracia; o direito à segurança econômica na velhice, na doença, no infortúnio; aspectos da democracia social, que evolui da democracia liberal.

Dessa maneira, a Lei Magna, que expressava o Estado de Direito, passou a traduzir também o Estado de Cultura, na frase de Gierke, “de cooperação, de interdependência social, de limitações, embora que somente as exigidas pelos superiores interesses da solidariedade”.

Então, ao lado do crescimento dos direitos, os constituintes contemporâneos acharam conveniente regular, também, a família, traçar normas gerais para a disciplina do fato familiar, do fato cultural, do fato educacional e há nas Constituições capítulos sobre educação, família e cultura.

Há nas Constituições capítulos sobre a segurança nacional, porque o constituinte entendeu de elaborar as normas gerais que devem ser seguidas pelo legislador ordinário na defesa dos interesses do país, dentro de uma concepção nova de segurança nacional, que não é mais a segurança mantida unicamente pelas Forças Armadas, mas defendida por grupos e pelo próprio indivíduo, como pela ciência e pela tecnologia, pelo pensamento e pelo humanismo, que possam haver na sociedade.

Disciplinou a ordem econômica. A ordem econômica seria de fundo liberal, neo-liberal, socialista ou marxista.

Não achou bastante, regulou questões referentes às Forças Armadas, ao Ministério Público e aos funcionários, com detalhes compatíveis apenas com a legislação ordinária.

Foram a tudo isso, e a mais.

Constituição sintética ou analítica?

Para uns juristas, o ideal é a *Constituição* redigida em termos gerais, como

uma verdadeira Carta de Princípios; e não um documento que trate minuciosamente os assuntos nele versados ou se amplie com matérias não apropriadas aos Textos Supremos.

Para outros, a dimensão das *Leis Magnas* está na dependência das características da civilização, ou seja, do período histórico em que forem elaboradas, devendo, assim, as atuais serem mais extensas.

Para outros, ainda, a opção entre Constituição resumida e Constituição longa é um dilema apenas aparente, pois o fundamental é que a Lei Maior atenda às aspirações e aos interesses vitais das coletividades, venha a ser conhecida do maior número, e, na prática, realmente efetivada.

O fato é que as Constituições clássicas eram textos sintéticos e as contemporâneas, textos analíticos.

Idêntica propensão mostrou a Constituinte Brasileira de 1987, com um projeto por demais longo, eivado de detalhes.

No entanto, pior que os detalhes são as omissões do que for vital ao interesse da Nação.

Rui Barbosa já dizia que “não era nova, rara, nem estranha a superabundância na redação das Leis”.

Até para o fato, igualmente atingido por comentários justos, de que contém matéria de legislação ordinária poder-se-ia arranjar explicação. E explicação fundada, ainda, na autoridade de Rui Barbosa quando ele declara: “Não sendo a Constituição de um Estado senão uma lei, se bem que lei de uma categoria superior a todas, a Lei Suprema, a sua lei das leis, nada obsta a que a Nação, ou o povo, assentando nela os fundamentos gerais do seu Governo, particularize, também, no que entender com certos assuntos, pela atenção que lhe mereçam, pelo cuidado que lhe inspirem, circunstâncias de organização, providências de aplicação, mais próprias da esfera ordinária da legislação”.

Vícios de técnica possui a Lei Suprema dos Estados Unidos, que Boutmy, nesse par-

ricular, classificava de “mecanismo grosseiro e como que feito a machado”, e, todavia, no gênero, é considerada o maior monumento da sabedoria humana, tendo mesmo inspirado quase todas as Constituições do mundo.

É verdade que há matérias características da Lei Magna sem as quais não poderia existir, derivadas mesmo da sua origem histórica.

Mas, também, é inegável que as Constituições modernas, diante de toda uma nova e complexa estrutura de civilização, haveriam de ter, naturalmente, pela grande diferença de circunstâncias históricas, uma extensão maior que as Constituições antigas, atentas, por excelência, ao problema da organização política.

Importante, pois, não é, de todo, o número maior ou menor de dispositivos constitucionais, mas que se não choquem uns com os outros, e que não sejam contraditórios em si mesmos; que constituam um todo homogêneo, uma reunião de princípios harmonizados, e jamais um conjunto de textos estanques, possíveis de confundir o pensamento do legislador comum e dos aplicadores da lei.

Não que se não deva preferir, em tal documento, a forma sintética à forma analítica.

Mas o principal é que se possa verificar que a Carta Constituinte se desprendeu dos vícios do passado, apreciou com justeza os fatos do presente, não deixando de considerar as perspectivas do futuro.

O significativo é que a lei básica registre as melhores conquistas da evolução, atenda às aspirações da sociedade que a elaborar e guarde poder de plasticidade bastante para não impedir, antes estimular, a criação de instituições jurídicas imprescindíveis a novas necessidades.

O essencial é que, sendo um instrumento para garantir e promover a liberdade e a prosperidade do povo, tenha flexibilidade para adaptar-se a modificações ou condições iminentes, realizando o ajustamento legal das transformações sociais, na sucessão das épocas.

Essa é a vocação das Cartas Magnas, ou seja, do Direito Político, que evolui, cresce, transmuda-se com a rapidez exigida ao domínio e normalização desse desabrochar abundante de relações e fatos fecundados no progresso da ciência, da técnica, dos meios de produzir, no movimento das massas, no fato sindical, na interdependência política e econômica das nações, no extraordinário desenvolvimento da cultura humana.

A proteção constitucional à liberdade religiosa

Manoel Jorge e Silva Neto

Sumário

1. Justificativa do artigo. 2. Objetivos. 3. Breve histórico sobre a proteção à liberdade religiosa. 4. As Constituições brasileiras e a proteção à liberdade religiosa. 5. Proteção à liberdade religiosa na Constituição de 1988. 6. Questões controvertidas sobre a liberdade religiosa. 6.1. A inclusão do nome de Deus no Preâmbulo do texto constitucional afasta a posição laica do Estado brasileiro? 6.2. A expressão “Deus seja louvado” em notas de Real – hipóteses de proselitismo religioso? 6.3. A polêmica sobre o dia da semana para a realização de concurso público. 6.4. O caso do Dique do Tororó (BA) e de Brasília (DF) – a exibição de imagens de Orixás. 6.5. O sacrifício de animais nas liturgias do Candomblé e Umbanda – um exame à luz da Constituição e da legislação ordinária. 7. A proteção constitucional da liberdade religiosa dos trabalhadores. 8. Conclusão.

1. Justificativa do artigo

Política, religião, futebol. Temas que despertam discussões muitas vezes acaloradas, implicando, portanto, aqui e ali, e incontrolável acirramento de ânimo.

E por quê? Simplesmente em face da circunstância de todos terem opinião formada a respeito, nem que seja para não apreciar a política, a religião ou o futebol.

Já, agora mesmo, quando, no início de julho de 2002, extasiada com a conquista do pentacampeonato na Ásia, a nação, quase em transe, entusiasticamente recebe os

Manoel Jorge e Silva Neto é Procurador do Ministério Público do Trabalho (BA). Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP.

jogadores da seleção para a festa da chegada, assisto à entrevista na televisão do ex-jogador argentino Diego Maradona, afirmando, em alto e bom som, que a Copa do Mundo fora medíocre e que não fora merecida a vitória da seleção brasileira.

Milhões de brasileiros devem ter-se irritado com a reação do ex-craque portenho... E a postura apaixonada de cada um de nós é a causa da legítima irritação!

Conquanto autêntico o entusiasmo pelo esporte bretão, reconheço que o convite foi feito para escrever-se sobre a proteção constitucional à liberdade religiosa, fato não impeditivo de aproveitar para, a um só tempo, homenagear a conquista e revelar que ambos os temas, religião e futebol, são invariavelmente cercados por grande e acesa polêmica (razão mais do que justificável para incluir-se, nesta obra, trabalho específico sobre a liberdade religiosa).

Firmo, por isso, nessas linhas iniciais, que a justificação para dedicar-se artigo exclusivo acerca da liberdade religiosa, tal como posta em nível constitucional, guarda, ofuscantemente, relação apertada com o fato de o constituinte originário, no rol dos direitos individuais, ter-se ocupado de liberdade da espécie nos incisos VI (“é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”), VII (“é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”) e VIII (“ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”).

Sobremais, se é correto concluir que se opera no contexto das liberdades as mais acirradíssimas discussões (liberdade de informação jornalística X direito à intimidade, por exemplo), não menos é rematar a respeito de a liberdade de religião, por se cons-

tituir em conquista relativamente nova na história dos sistemas constitucionais, ainda está, em larga medida, por ser consolidada, especialmente em virtude da forma ambígua como a questão é tratada no Brasil.

Roberto Pompeu de TOLEDO (2002, p. 114) explica: “(...) o Estado por aqui não tem religião. Mas tanto a Câmara quanto o Senado expõem um crucifixo na parede atrás das respectivas mesas. Um candidato a presidente, por mais ateu que seja, acaba rezando na campanha e comungando no exercício do cargo, como se comprovou ainda há pouco. E – característica não só brasileira – decreta-se, aqui, feriado em dias de festas católicas. É verdade que ficamos todos satisfeitos e corremos para a praia. Mas que têm a ver judeus e muçulmanos, umbandistas, budistas e membros de outras comunidades religiosas que convivem sob a jurisdição do Estado laico brasileiro com a Sexta-feira Santa ou o dia de Corpus Christi?”.

2. Objetivos

Apontadas as circunstâncias autorizativas (quicá determinantes) à escolha do tema para o artigo, cumpre apresentar, desde logo, os seus propósitos, a fim de que o leitor se apresse a uma dessas três providências: fechar imediatamente o livro, passar para outro artigo ou (quem sabe?) iniciar a sua leitura.

No próximo item (3), há caminho a ser necessariamente percorrido que é o relativo ao exame da liberdade religiosa ao longo da história da humanidade. Não será, entretanto, longa a digressão, de modo preciso porque, como afirmado em trecho anterior, o direito individual é vitória recente.

Outro exame indeclinável: o estudo da liberdade de religião nas Constituições brasileiras. Para conhecer-se a realidade da Constituição de 1988, é imprescindível saber o que se passou nos textos anteriores, o que será realizado no item 04.

No item 05, tratar-se-á da liberdade religiosa da forma como positivada pela Cons-

tuição de 1988, com ênfase à amplitude do direito individual.

Se, como se afirmou no início do artigo, o tema se encontra marcado por indelével controvérsia, nada mais lógico do que apresentar item distinto para a indicação de questões controvertidas, assunto para o qual será destinado o item 06.

Outrossim, não se deve esquecer que os trabalhadores representam categoria das mais tolhidas em sua liberdade de religião, o que enseja a análise de possíveis ofensas no plano das relações de trabalho, notadamente em face da subordinação jurídica – traço delineador mais nítido do vínculo de emprego. O item 07 será reservado ao tema.

Por fim, e naturalmente, ao item 08 serão guardadas as conclusões de tudo (ou do pouco...) que se expôs.

3. Breve histórico sobre a proteção à liberdade religiosa

Consolidado o Cristianismo e a Religião Católica Apostólica Romana como a fé oficial do Estado, qualquer tentativa de criação de novo segmento religioso ou manifestação de culto de forma distinta dos rituais sacralizados pelos procedimentos católicos era considerada bruxaria ou heresia, e, portanto, duramente castigada.

Não foram poucos os supostos hereges e bruxos queimados vivos na fogueira da Santa Inquisição; ocorre que a Igreja Católica chegou mesmo a utilizar os sacrossantos poderes inquisitoriais para, com a condenação de indivíduos abastados, aumentar o seu patrimônio. Por isso que costume denominar o processo inquisitorial de “Santa Aquisição”, sem nenhum intento, todavia, de macular a imagem das organizações católicas, cujos erros cometidos naquela época já são reconhecidos por suas lideranças religiosas atuais.

O predomínio da Igreja Católica, de contraparte, bem poderia ser creditado à própria justificação do poder político dos monarcas, vinculado, segundo se pensava à

época, à origem divina; era a consagração da Teoria da Origem Divina Sobrenatural do Poder, que, de um só golpe, consolidou o Absolutismo Monárquico (materializado na afirmação conhecidíssima de Luís XIV, segundo a qual “O Estado sou eu”) e transformou a Religião Católica na única, exclusiva e aceitável fé a ser professada pelas pessoas.

Com isso, as perseguições se mantiveram, e até recrudesceram, especialmente a partir das incisivas contestações de Martin Lutero e João Calvino. O primeiro deles, fundador do Luteranismo, conquanto ordenado padre agostiniano, denunciou, com vigor, a prática reinante da venda de indulgências, afixando na porta da Igreja de Wittenberg as históricas 95 teses. Nessas teses e em escritos que se lhes seguiram, negou a infalibilidade do papa, rejeitou as ambições políticas do papado, sustentando a constituição de igrejas nacionais, além de investir contra o instituto do celibato eclesiástico, tendo, inclusive, em 1525, se casado com a ex-freira Catarina de Bora, com a qual teve seis filhos. O segundo, João Calvino, converteu-se à doutrina da Reforma em 1533, quando, acusado de heresia, refugiou-se em Basiléia, importante cidade da Suíça, oportunidade em que escreveu “A Instituição da Religião Cristã”. Alguns anos mais tarde, mudou-se para Genebra, fundando as bases do Calvinismo, que, em síntese, consistiu na separação entre a Igreja e o Estado, na organização de sociedade suportada por princípios cristãos e imposição de rigorosa disciplina aos indivíduos mediante o Consistório – órgão destinado a manter a disciplina religiosa, que pressionava o povo a freqüentar a igreja e policiava a vida moral da cidade. Foi considerado o “gênio teológico da Reforma”.

Arthur Conan DOYLE (19--?), muito embora responsável pela criação do personagem Sherlock Holmes, retratou, com fidelidade, no romance *Os fugitivos*, o encaço aos huguenotes, protestantes franceses seguidores de Calvino. O governo católico francês

promoveu violenta repressão aos estafetas da Reforma, como aconteceu na sangrenta Noite de São Bartolomeu (24 de agosto de 1572), quando se estima que 50.000 calvinistas foram massacrados impiedosamente.

Ainda que a questão religiosa tenha perdurado na França até meados do século XVII, é correto afirmar que a tolerância à diversidade de opção religiosa somente foi guindada ao plano de liberdade pública com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao prescrever o art. 10 que “ninguém deve ser molestado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei (“nul ne doit être inquiete pour sés opinions, même religieuses, purvu que leur manifestation ne trouble pas l’ordre public établi par la loi”).

É a Declaração francesa de 1789, de conseqüente, o marco divisório entre a proscrição da liberdade religiosa e o seu reconhecimento.

4. As constituições brasileiras e a proteção à liberdade religiosa

Os ventos transformadores da Revolução Francesa não balançaram os estandartes da monarquia absolutista brasileira, ao menos no que se refere à liberdade religiosa.

Se a Carta Constitucional de 1824 – outorgada, portanto, por ser “Carta” –, imposta por D. Pedro I, já que dissolvera a Assembléia Constituinte em 1823, chegou a prever diversos direitos individuais, consoante se nota nos incisos I/XXXV do art. 179, isso revela que o monarca resolvera adequar os princípios iluministas ao absolutismo, com o que pode ser reputado como seguidor do despotismo esclarecido.

Mas, no contexto da liberdade de religião, nada se alterou.

Se bem que não houvesse perseguição aos que professassem outra fé, apenas a Igreja Católica era reconhecida pela Constituição de 1824.

O art. 5º dá a noção precisa dessa realidade: “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior de Templo”.

O art. 106, ao disciplinar o juramento do Chefe de Estado e de Governo, inclui, entre outras obrigações a ele cometidas, manter a Religião Católica Apostólica Romana.

Com a ruptura institucional ocorrida a partir da Proclamação da República, a Constituição de 1891 modificou substancialmente a proscrição para a qual eram remetidos os demais segmentos religiosos.

Para tanto, nota-se a redação do art. 11, 2º, ao determinar ser vedada ao órgão central e aos Estados-membros estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos.

Mas é no trecho pertinente aos direitos individuais que mais se ressalta a preocupação do constituinte de 1891 a respeito da liberdade religiosa, consubstanciada em alguns parágrafos do art. 72: § 3º – “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum”; § 4º – “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (como efeito da separação entre a Igreja e o Estado, não se poderia assumir outra conduta que não o reconhecimento exclusivo do matrimônio civil, em detrimento do milenar casamento religioso, tornando-se emblemático o dispositivo constitucional de um novo período da história da civilização brasileira, com menor interferência – e, portanto, com redução de poderes – das autoridades eclesiásticas); § 5º – “Os cemitérios terão caracter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não offendam a moral publica e as leis”; § 6º – “Será leigo o ensino ministra-

do nos estabelecimentos publicos” (iniciando-se um novo período na educação brasileira, já, a partir de então, completamente liberta, ao menos no domínio dos estabelecimentos oficiais de ensino, de todo e qualquer patrulhamento ou vinculação de caráter religioso); § 7º – “Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção official, nem terá relações de dependencia ou aliança com o Governo da União, ou o dos Estados” (a previsão constitucional tem destinatário certo: a Igreja Católica que, na Constituição de 1824, era a religião oficial do Império); § 28 – “Por motivo de crença ou função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico”; e, finalmente, o § 29 – “Os que allegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer onus que as leis da Republica imponham aos cidadãos, e os que acceitarem condecorações ou titulos nobiliarchicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos”.

A Constituição de 1934 segue a linha separatista iniciada pelo texto republicano, cuja vedação para relacionamento entre Igreja e Estado se encontra firmada no art. 17, II/III, ao passo que restou consagrada a liberdade religiosa como direito individual, no art. 113, itens 4, 5, 6 e 7, quadro inalterado pela Constituição de 1937.

O Texto Constitucional de 1946 traz uma nova dimensão a respeito do relacionamento entre a Igreja e o Estado. Sim, porque ultrapassado o período de desconfiança do Estado para com a Igreja Católica pelo que esta poderia representar de perigo para rivalizar com o poder político estatal, tratava-se, naquele instante, de admitir a colaboração dos segmentos religiosos em prol da prevalência do interesse público. Não à toa, portanto, a dicção do art. 31, III, segundo o qual era vedado aos entes da Federação brasileira “ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo”.

Outros significativos avanços da Constituição de 1946 são os seguintes: i) a recusa, por convicção religiosa, quanto ao cumprimento de obrigação a todos imposta não implicaria perda de qualquer direito, exceto se o indivíduo se eximisse também de satisfazer obrigação alternativa prevista em lei, e, por outro lado, ii) direito à prestação religiosa nos estabelecimentos de internação coletiva, como os presídios.

Quanto aos Textos Constitucionais de 1967/1969, cumpre apontar que a única novidade presenciada, e assim mesmo pertinente ao último deles, refere-se à inclusão do credo religioso como gênero, tal qual o sexo, raça, trabalho e convicções políticas (§ 1º, art. 153), impedindo-se a consumação de desequiparações fortuitas fundadas igualmente na opção religiosa.

5. A proteção à liberdade religiosa na Constituição de 1988

Nenhum curioso das coisas da Constituição se sentiria à vontade em demonstrar como se operou a proteção à liberdade religiosa sem consultar os Princípios Fundamentais.

Se vou à casa de alguém, se não for parente muito próximo (pai, mãe, irmãos), muito dificilmente entrarei pela porta da cozinha, mas sim pela da sala.

Costumo utilizar a figura de linguagem para dizer que os Princípios Fundamentais são a “porta da sala” da interpretação constitucional e, sendo assim, o procedimento interpretativo de qualquer domínio do Texto de 1988 deve pressupor a análise dos referidos princípios.

No art. 1º, dois fundamentos despertam atenção pela pertinência à liberdade religiosa: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o pluralismo político (art. 1º, V).

Fácil é concluir acerca da associação existente entre dignidade da pessoa humana e liberdade religiosa. “O valor-fonte de todos os valores”, como esclarece judiciosamente Miguel REALE (19--?, p. 3), inspira o

sistema do direito positivo de uma maneira geral a adotar soluções que aclamem o direito à vida, à incolumidade física (banindo-se a tortura), à intimidade, à vida privada, à imagem e à liberdade, compreendida em sua multifária acepção, inclusive a de contextura religiosa.

Algumas perguntas são mais esclarecedoras sobre a ligação entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade de religião do que eventuais considerações a fazer-se em torno ao tema: Preserva-se a dignidade da pessoa quando o Estado a proíbe de exercer a sua fé religiosa? Conserva-se-lhe no momento em que o empregador, nos domínios da empresa, “convida” o empregado para culto de determinado segmento religioso? Reveste-se de alguma dignidade o procedimento por meio do qual alguns segmentos religiosos investem contra outros, não descartado até o recurso à violência?

Sem dúvida, a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano – até, como se verá mais adiante, para não se optar por religião alguma – que o seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa.

Outrossim, percebe-se que o fundamento do Estado brasileiro atinente ao pluralismo político também conduz à concretização da liberdade religiosa. E como? Precisamente porque pluralismo político não deve, em primeiro lugar, ser confundido com pluripartidarismo – princípio vinculado à organização político-partidária no Brasil, conforme acentua o art. 17, *caput*. Pluripartidarismo significa sistema político dentro do qual se permite a criação de inúmeros partidos. Mais abrangente, e, por isso, de conceituação um pouco mais difícil, é o pluralismo político. A despeito de sua maior amplitude, pode-se arriscar um conceito: pluralismo político é o fundamento do Estado brasileiro tendente a viabilizar a coexistência pacífica de centros coletivos irradiadores de opiniões, atitudes e posições diversas. Esquadrinhando-o, temos que apresenta: i) “fundamento do Estado brasi-

leiro”, em face da “residência” constitucional do postulado; ii) “tendente a viabilizar a coexistência pacífica”, porquanto o ideal pluralista reflete a regra de ouro do livre arbítrio: a liberdade de um indivíduo termina quando começa a liberdade do outro (Spencer); iii) “de centros coletivos”, porque não se presta o pluralismo político a assegurar a liberdade de manifestação de pensamento da pessoa individualmente considerada, direito assegurado pelo fundamento concernente à cidadania e consubstanciado, por exemplo, no art. 5º, IV; iv) “irradiadores de opiniões, atitudes e posições diversas”, sendo certo que, ali onde se verificar diversidade quanto à opção política, ideológica, sexual e religiosa, deve ser conduzido esforço à respectiva e imprescindível harmonização.

Conseqüentemente, ao decompor o conceito de pluralismo político, deixei clara (ao menos tentei fazê-lo...) a relação entre o Princípio Fundamental e a liberdade religiosa: se é indiscutível que a liberdade em questão é daquelas que as pessoas exercitam em conjunto, surge a necessidade de se organizar ente coletivo destinado a congregar e fortalecer a crença específica dos que professam uma dada fé religiosa.

E mais: quando o pluralismo político aparece como fundamento a autorizar a existência de diversos órgãos forjados no altiplano de idéias e posições as mais variadas, termina por reforçar um aspecto desse direito individual sob investigação: a liberdade de organização religiosa.

E a referência à liberdade de organização religiosa traz à tona a obrigatoriedade de indicar os demais desdobramentos do direito individual. Assim, além de estar garantida pela Constituição de 1988 a plena liberdade para instituir-se segmento religioso (art. 19, I), de modo semelhante, encontram-se nela asseguradas a liberdade de culto e de crença. Ambas correspondem ao enunciado do art. 5º, VI: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos reli-

giosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

A liberdade de culto somente admite as contenções impostas pela já decantada regra de ouro da liberdade. Por exemplo, não se deverá aceitar como legítima expressão de tal liberdade o prosseguimento de cultos ruidosos noite adentro, impedindo o silêncio indispensável ao sono e ao descanso da comunidade. Ou, pior ainda: admitir-se sacrifício de vidas humanas em prol de suposta liberdade de culto. Se, no passado, em tribos primitivas, homens, mulheres e, principalmente, crianças eram sacrificados para aplacar a ira dos deuses, hoje, em todos os sistemas jurídicos contemporâneos, sem exceção, a conduta tipificaria ilícito penal.

Ocorre que à liberdade não se admitirá a oposição de barreiras com lastro na idéia de “bons costumes”, cumprindo frisar que o sistema constitucional brasileiro abandonou regra análoga antes mencionada, por exemplo, na Constituição de 1891, cujo art. 72, § 5º, promovera referência ao critério “moral pública” como dado legitimamente restritivo à liberdade de culto.

Mas a proteção constitucional à liberdade de culto, nos termos do art. 5º, VI, está condicionada ao estabelecido em lei (em sentido formal, é claro), razão suficiente para entender-se que o enunciado em questão é norma constitucional com eficácia relativa restringível: enquanto não demarcados os limites ao exercício do direito individual, exerce-o o indivíduo plenamente. No caso da liberdade de culto, até no tocante aos horários para as reuniões se mostra necessário reverenciar aqueles fixados pelo Município¹, e, quanto à liturgia, isto é, o ritual utilizado pelo segmento religioso, o próprio Código Penal brasileiro descreve as condutas que podem ser subsumidas em homicídios ou lesões corporais.

A liberdade de crença, conjugada à de consciência, permite considerar que o indivíduo poderá crer no que quiser, e expressar publicamente a sua crença; mas não se lhe interdita, contudo, a liberdade de não

crer em absolutamente nada, assim como de utilizar meios para a divulgação do seu agnosticismo.

6. *Questões controvertidas sobre a liberdade religiosa*

O assunto é controvertido por excelência. A cada momento em que se pesquisa a respeito, mais se vai encontrando aspectos bastante polêmicos em torno ao exercício da liberdade religiosa.

Assim, muitas outras questões tão ou mais polarizadas do que as sugeridas nos próximos subitens certamente serão descobertas por quem se propuser à apreciação mais detida; todavia, o objetivo, aqui, é apontar, de modo exemplificativo, situações ensejadoras de razoável grau de controvérsia que se submeteram à reflexão, e, portanto, são todas, indistintamente (e não poderia ser mesmo de outra forma...), conclusões ao confronto, ao cotejo.

6.1. *A inclusão do nome de Deus no Preâmbulo do texto constitucional afasta a posição laica do Estado brasileiro?*

Repita-se, mais uma vez, para enfatizar um dos desdobramentos da liberdade religiosa: a Constituição garante ao indivíduo a liberdade para crer e não crer em nada, assim como para expressar a sua crença ou descrença.

O Preâmbulo expressa o seguinte: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a desigualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

Persiste, então, a dúvida: invocar a proteção de Deus na norma preambular induz à existência de um Estado brasileiro crente?

Não há qualquer novidade na discussão, visto que, desde a Assembléia Nacional Constituinte, grassavam incertezas sobre se incorporar o nome Deus conduziria a uma opção do constituinte originário, tornando oficial o fato de se crer em uma ou em diversas divindades.

Se isso fosse correto, como compatibilizar tal invocação com as liberdades de consciência e de crença expressas no art. 5º, VI? Haveria antinomia, contradição entre os dispositivos constitucionais?

Logo no início do curso de direito constitucional, na graduação, aprende-se que a constituição não deve ser interpretada em tiras ou filetes, devendo-se conferir, destarte, prevalência ao seu sentido unitário. É o chamado princípio da unidade, vertido na atitude do intérprete tendente a prestigiar o sistema como um todo, e não apenas uma norma em particular.

Não é certo encontrar antinomias entre normas constitucionais, mas sim interpretá-las de tal modo que se evitem colisões.

E é precisamente por essa razão que não vislumbro qualquer incoerência entre inserir-se o nome de Deus no Preâmbulo e a liberdade preconizada no corpo dos direitos individuais.

Observe-se como inicia o Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro (...)”. O recurso à personificação dá a exata idéia de que o nome de Deus fora mencionado para ressaltar a postura crente da maioria dos parlamentares que atuaram na elaboração do vigente Texto Constitucional. São os legisladores constituintes de competência originária que resolveram rogar à proteção divina, não sendo correto promover contingente vinculação do Estado brasileiro à crença religiosa, porquanto se recorre ao uso do pronome pessoal da primeira pessoa do plural para reforçar a antedita personificação.

6.2. A expressão “Deus seja louvado” em notas de Real – hipótese de proselitismo religioso?

Porque se cogitou da inserção do nome de Deus no Preâmbulo da Constituição de 1988, cuida investigar se o mesmo procedimento implica proselitismo religioso em se tratando de moeda de curso forçado no País.

O padrão monetário brasileiro, o Real, não é rigorosamente novo. Em verdade, ele retoma o nome da velha moeda, real, de plural mil-réis, utilizada pelos nossos antepassados, até 1942, quando foi substituída pelo cruzeiro por Getúlio Vargas.

Dos muitos traços delineadores de uma nação – que é um conceito sociológico, e não jurídico –, tais como a língua, os acidentes geográficos mais conhecidos e os seus vultos históricos, a moeda igualmente se insere no conjunto dos elementos preservadores de uma identidade nacional.

Renato Janine RIBEIRO (19--?, p. 65-66) pondera que “uma das questões essenciais da doutrina econômica é a da moeda como representação, no caso, de riquezas. Mas a moeda também pode ter o papel de representar – ou simbolizar – conteúdos menos tangíveis, não econômicos, em especial os que constituem, por exemplo, uma nacionalidade. Esse outro caráter representativo da moeda, estreitamente ligado à sua denominação, mas que obviamente depende de sua eficácia propriamente econômica, não constitui, porém, tema da economia. Investigá-lo cabe àquelas ciências humanas que lidam com a significação das ações, o que é o caso da antropologia – ou, se deixarmos de lado a aspiração científica, para enfatizar o exame dos pressupostos e significações, o da filosofia política. Aliás, para não ficarmos na simples teoria, basta lembrar o papel que o marco alemão, moeda oficial da Alemanha Federal, desempenhou no orgulho nacional daquele país. Os alemães, tendo em sua memória do século XX a inflação talvez maior da história, identificaram sua prosperidade à capacidade de administrar uma

moeda estável e invejada. Basta, por isso, assinalar o receio que muitos deles sentem, de que a substituição de sua divisa pela moeda comum européia acarrete o fim desse período áureo de sua economia e de sua vida social”.

Na Alemanha, nos Estados Unidos e no Brasil. Onde quer que se tente estabilizar a economia – especialmente quando se recorre a políticas econômicas monetaristas –, a moeda cumpre atribuições muito mais importantes do que se converter em mero e simples instrumento facilitador das relações de cunho econômico, máxime quando está completamente associada a um determinado planejamento econômico.

É sintomático que os mirabolantes planos econômicos urdidos nos escaninhos dos gabinetes refrigerados em Brasília tenham sido invariavelmente acompanhados da mudança do padrão monetário brasileiro. Cruzeiro, cruzado, cruzado novo, cruzeiro novo, real, cada moeda, enfim, foi apresentada como a solução de todos os nossos males...

Explica-se: a economia, conquanto se valha da matemática, estatística e cálculos econométricos, não é, definitivamente, ciência exata. Com isso, a norma econômica planejadora, para dar certo, necessita ser recebida como um “mito” pela comunidade destinatária. “Mito”, por sua vez, representativo da coincidência das aspirações da maioria com as diretrizes econômicas propostas. E, portanto, perseguindo-se a visão mítica do planejamento, lançam mão os governos de todos os expedientes democraticamente legítimos, entre os quais a inclusão do nome de Deus, como vem acontecendo com bastante habitualidade no Brasil, inclusive com as notas de Real.

Insubsistente, nesse passo, a defesa de qualquer entendimento que insinue vinculação do Estado brasileiro à crença religiosa, porquanto a referência ao nome de Deus em notas de curso forçado cumpre simplesmente o propósito de identificar os indivíduos ao Plano Real, creditando-o como nor-

ma planejadora apta e eficaz para a melhoria da vida das pessoas.

6.3. A polêmica sobre o dia da semana para a realização de concurso público

É indiscutível que o art. 37, II, da Constituição concretiza o postulado democrático no tocante ao acesso a cargos e empregos públicos.

Ocorre, entretanto, que muitos segmentos religiosos se abstêm completamente quanto a qualquer atividade em determinado dia da semana. É o caso, por exemplo, dos adeptos da Igreja Adventista do Sétimo Dia, que guardam o dia de sábado para o descanso e a organização de cerimônias religiosas.

Surge, então, a dúvida: Pode o adventista se recusar à submissão à prova no dia designado por recair em sábado?

Atente-se, de logo, para o seguinte: a Administração Pública deve reverência ao princípio da impessoalidade, entre outros assinalados no art. 37, *caput*, da Constituição.

Ora, se o conteúdo do princípio da impessoalidade retrata uma Administração que não beneficia ou prejudica determinados indivíduos, impedindo-se, destarte, tratamento diferenciado², como tornar aceitável que o Adventista do Sétimo Dia realize prova de concurso público em data distinta da fixada para os demais candidatos? Não haveria quebra do sigilo e vulneração de todo o certame?

Logicamente, se o(s) candidato(s) obteve (tiveram) autorização para realizar (em) a prova em outro dia, é óbvio que não será a mesma avaliação a ser aplicada aos dois grupos de candidatos.

Embora represente um custo maior para o órgão que disponibiliza as vagas a serem preenchidas por via de concurso público, o direito individual à liberdade religiosa do adventista não deve ceder espaço à comodidade da Administração Pública.

O Supremo Tribunal Federal, pelo seu Presidente, Min. Marco Aurélio Mello, in-

deferiu, em 18/04/2002, o pedido de liminar na Suspensão de Segurança nº 2.144, ajuizada pela União com o objetivo de casar a decisão concessiva de tutela antecipada a um candidato de concurso público que impetrou mandado de segurança contra a Escola de Administração Fazendária, exatamente em virtude de a data designada ter recaído em dia de sábado³.

Elogiável a decisão do STF no particular, notadamente porque, pondo na balança o valor “liberdade religiosa”, não o deixou parecer em prol da conveniência dos organizadores do concurso público.

No âmbito do Congresso Nacional, o Deputado Doutor Evilásio (PSB/SP) apresentou à Câmara projeto de lei que impede a realização de exames vestibulares entre as 18 horas das sextas-feiras e as 18 horas dos sábados. De acordo com o texto apresentado, caso a instituição de ensino realize provas nesses horários, deverá fixar períodos alternativos para os alunos que se ausentarem⁴.

6.4. O caso do Dique do Tororó (BA) e de Brasília (DF) – a exibição de imagens de Orixás

Um aspecto interessantíssimo e polêmico a respeito da liberdade religiosa ocorreu com a exposição de imagens de Orixás representativos das divindades do Candomblé e da Umbanda, no Dique do Tororó, na cidade do Salvador, e em Brasília.

Em ambas as exposições, as peças foram produzidas pelo artista plástico baiano Tati Moreno.

Entretanto, muitos adeptos de Igrejas Evangélicas, entre as quais a Igreja Universal do Reino de Deus e a Assembléia de Deus, protestaram contra a exposição pública das imagens dos Orixás, argumentando que a iniciativa representava recôndito estímulo do Estado à expansão das religiões afro-brasileiras, e, portanto, ofensiva à liberdade religiosa.

Não entendo dessa forma.

Desde os primórdios da colonização brasileira, os negros sempre foram cerceados

no tocante ao exercício de sua fé religiosa, tanto que emblemático da situação o fenômeno do sincretismo, pelo qual os antigos escravos africanos vinculavam uma divindade da sua religião aos santos católicos.

O tempo passou e a manifestação religiosa do povo africano no Brasil deixou de configurar mera opção por credo para evidenciar autêntico direito cultural da nossa civilização.

E, na condição de direito cultural, assegura-se no Texto Constitucional a sua fruição por todos, consoante enuncia o art. 215, *caput*: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Se, reconhecidamente, na hipótese de exibição de imagens produzidas por artista plástico, o que se vê não corresponde à tentativa do Estado quanto a privilegiar ou fomentar a consolidação de um segmento religioso, mas, tão-somente, a difusão do patrimônio cultural, deve ser rechaçado o sectarismo que pugnava pela retirada das imagens.

6.5. O sacrifício de animais nas liturgias do Candomblé e Umbanda – um exame à luz da Constituição e da legislação ordinária

Mais uma questão controvertida cuja análise reconduz ao exame também dos dispositivos infraconstitucionais pertinentes.

Viu-se que a liberdade religiosa se perfaz igualmente na liberdade de culto, representativo do ritual utilizado pelos adeptos de uma fé para exteriorizar o seu sentimento religioso.

O art. 5º, VI, parte final, da Constituição, protege os locais de culto e as liturgias, na forma da lei. Evidentemente, embora o constituinte originário refira a lei como instrumento efetivador da liberdade de culto, parece clara a conclusão no sentido de que a liberdade apontada não se condiciona à existência de disciplina infraconstitucional;

a alusão à lei apenas remarca a eficácia relativa restringível do dispositivo constitucional em questão⁵.

Significa dizer o seguinte: a eficácia restringível do enunciado constitucional faz com que, desde logo a sua vigência, venha a produzir todos os efeitos que lhes são ínsitos e co-naturais, assemelhando-se, por essa razão, aos preceitos dotados de eficácia plena. A distinção que se opera está relacionada ao fato de que os preceptivos restringíveis podem vir a ter a sua amplitude encurtada pela atuação judicial ou legislativa. No caso, sem dúvida, em face da literalidade do art. 5º, VI, suposta contenção à liberdade de culto somente poderia ser legitimada pela previsão, no ordenamento jurídico, de lei em sentido formal limitativa do direito.

É absolutamente decisivo para entender-se a liberdade de culto – e, no particular, a liberdade de sacrifício de animais no ritual do Candomblé e Umbanda – situar o art. 5º, VI, no contexto da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, como se realizou no momento, sob pena de equivocada compreensão da sua amplitude.

Assim, torna-se impositivo percorrer o sistema normativo, de lá retornando com a conclusão a respeito da existência ou não de regra limitativa do sacrifício de animais.

E a resposta é positiva: há, sim. É precisamente o art. 64 da Lei das Contravenções Penais, cuja conduta caracterizada como fato típico é “tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo”.

Inegavelmente, uma vez ocorrido o sacrifício de animais, não há como se desvincular do fato típico descrito no art. 64 da LCP.

Poder-se-ia argumentar que o termo “crueldade” é caracterizado por fortíssimo componente ambíguo, porque aquilo que seria considerado cruel por um indivíduo não o seria por outro, e, assim, os adeptos dos segmentos religiosos afro-brasileiros ou qualquer outro que se utilizasse da prática litúrgica certamente não reconheceria a “crueldade” em tais sacrifícios. Mas não seriam

os integrantes da facção religiosa aqueles que estariam legitimados a concluir a respeito, mas sim a sociedade de uma forma geral, o que se consuma como o exame da situação pelo juiz.

7. A proteção constitucional da liberdade religiosa dos trabalhadores

O problema referente ao desrespeito ao direito fundamental à liberdade religiosa recrudesce no campo das relações de trabalho.

Quando não é o empregador quem sugere os seus trabalhadores à participação em culto religioso, são os próprios empregados que não impõem limites à sanha para converter novos adeptos à sua fé...

Recentemente tomei conhecimento de um fato inusitado ocorrido em audiência na Justiça do Trabalho: determinada empresa dispensou uma empregada por justa causa em virtude de tentar, a todo tempo, converter os seus colegas à fé religiosa que abraçara. Em audiência, após a contestação, a juíza do trabalho que a presidia dispensou a produção de qualquer prova porque a reclamante tentou também convertê-la...

Transcreva-se, de início, os dispositivos constitucionais assecuratórios da liberdade religiosa, no caso o art. 52, IV (“é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”), o inciso VIII (“ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”), garantia fundamental que se completa com a dicção do art. 19, I, que estabelece: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou

aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

Para Léon DUGUIT (1925?, p. 451), todo indivíduo tem incontestavelmente o direito de crer no que quiser em matéria religiosa. Essa é propriamente a liberdade de consciência, que não é apenas a liberdade de não crer, mas também a liberdade de crer no que quiser. Nem de fato, nem de direito poderá o legislador penetrar nas consciências individuais e lhes impor uma obrigação ou proibição qualquer.

A conquista da liberdade religiosa em todos os países é algo ainda a ser realizado, máxime porque “apesar de as Constituições atuais a consagrarem normalmente e de em 1981 as Nações Unidas terem aprovado uma Declaração sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas na Religião ou na Convicção, falta ainda percorrer um bem longo caminho até se alcançar, por toda a parte, uma efetiva liberdade e igualdade religiosa”, como ensina Jorge MIRANDA (1993, p. 358-359).

Acompanhando a conclusão do constitucionalista português, digo que a liberdade religiosa enfrenta problemas quanto à sua elevação ao patamar de garantia fundamental em muitos sistemas normativos, mas acrescento para pôr em destaque um fato: mesmo nas constituições contemporâneas que a consagram, viceja desconfortável hesitação quanto à efetiva aplicabilidade do direito relativamente a inúmeras situações. E a relação contratual trabalhista é uma delas...

Para se ter uma idéia do que se propõe em termos de busca de maior compreensão da liberdade religiosa dos trabalhadores, concretizando-a, coloco os seguintes questionamentos: I) É possível, sob o manto da liberdade de crença, admitir que empregados façam proselitismo de determinado segmento religioso no âmbito interno da empresa? II) É facultado ao empregador convocar os seus trabalhadores para participarem de culto vinculado a certa religião, como habitualmente ocorre em datas especiais

(inauguração de novas instalações da empresa ou de filiais, festas de final de ano, etc.)? III) Pode o empregador, nos domínios físicos da unidade empresarial, construir templo representativo de segmento religioso? IV) Podem as organizações religiosas contratar exclusivamente empregados que professem a fé por elas abraçada?

As questões trazidas, necessariamente, reconduzem a um exame da temática dentro de um contexto de ordem supra-individual, visto que, conquanto integrado ao pleco de garantias individuais do art. 5º, a liberdade religiosa, em substância, é um fenômeno comunitário, as pessoas vivem-no em conjunto, prestam culto em conjunto e sentem mesmo que a religião implica uma relação de umas com as outras (MIRANDA, 1993, p. 359).

Mas, para responder adequadamente às indagações formuladas, é indispensável examinar a amplitude da liberdade religiosa, que, segundo a doutrina, converte-se em três formas diferenciadas: liberdade de crença, culto e de organização religiosa (SILVA, 19--?, p. 241).

A liberdade de crença corresponde ao livre arbítrio outorgado ao indivíduo para crer – e manifestar a sua crença – e também para não crer, divulgando o seu agnosticismo. “Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu (...)” (SILVA, 19--?, p. 242).

Outrossim, desde as sociedades mais primitivas, o homem adota maneiras de adorar deuses e divindades, que terminam por conformar uma peculiar expressão de culto. Modernamente é o que se convencionou chamar de liberdade de culto.

O direito de celebrar cultos da forma que melhor se adapte às tradições e às particularidades do grupo social configura garantia fundamental prevista na Constituição de

1988 (art. 5º, VI), não podendo ser limitada sob o fundamento de ofensa à ordem pública ou aos bons costumes. As contenções à liberdade de culto são ditadas, por um lado, pelo sistema penal, já que se não consentirá se cometam crimes contra a pessoa (lesões corporais ou mesmo homicídio) a pretexto de salvaguarda de uma liberdade de culto; e, por outro, pela consagração da máxima de que a liberdade de alguém termina onde começa a liberdade de outrem, com o que não se poderá argüir a garantia para, por exemplo, impor à vizinhança de uma igreja que suporte pacientemente celebrações ruidosas noite adentro.

O derradeiro aspecto da liberdade religiosa – nem por isso menos importante – sobre o qual cabe refletir é o relativo ao direito de constituir organizações religiosas, ou simplesmente, como dito, liberdade de organização religiosa.

O Estado brasileiro é laico – repita-se –, tanto que o art. 19, I, da Constituição torna defeso às pessoas jurídicas de direito público territorial (e todas as outras) estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou de aliança, sendo correto enfatizar, destarte, que o sistema constitucional positivou a separação da igreja do Estado. A liberdade de organização religiosa materializa a separação consumada pelo constituinte originário e, sem ela, não teríamos por completa, plena a garantia fundamental.

Investigada a extensão da liberdade religiosa em toda a sua inteireza, posso já, a esta altura, apresentar as respostas que revelam o entendimento que defendo.

Quanto ao primeiro quesito, que versa sobre a possibilidade de empregados persuadirem colegas de trabalho ao ingresso em segmento religioso, fazendo-o dentro da empresa e durante o horário de trabalho ou no intervalo intrajornada, é certo que a liberdade de crença outorga ao indivíduo a garantia de crer ou não crer em coisa algu-

ma, além de permitir-lhe divulgar a sua crença ou descrença.

Léon DUGUIT (1925?) adverte, todavia, que o crente tem a certeza inabalável de que está em posse da verdade e, ao fazer proselitismo, muito provável que se tornará intolerante, já que a escolha religiosa e a tolerância são duas realidades que se excluem mutuamente.

É exatamente com lastro na característica intolerância conformadora da liberdade de crença que não admito o exercício da garantia no ambiente de trabalho.

A empresa é o local para onde se dirigem os trabalhadores com o propósito de realização profissional e material, mas é indiscutível se tratar de comunidade altamente heterogênea, mais ainda quando formada por diversas categorias profissionais.

A heterogeneidade latente no corpo de trabalhadores abre sério precedente ao se possibilitar a empregado faça proselitismo de uma religião dentro da empresa, já que muitos colegas podem eventualmente ter feito a opção – ou mesmo não ter consumado escolha qualquer, o que é garantido pela Constituição, como vimos –, criando-se, assim, constrangimentos com imprevisíveis conseqüências, quer em virtude de a defesa de concepção religiosa perante quem já abraçou outro segmento significar grave ofensa à liberdade de crença, quer porque o trabalhador agnóstico pode não aceitar de modo passivo a investida do crente.

Não obstante possa-se tratar de problema ocasionado por um único empregado, o fato é que a situação leva à ofensa de interesses transindividuais dos trabalhadores, no caso a liberdade de crença e também o meio ambiente do trabalho, pois as atitudes voltadas à obtenção de adeptos e conversão de agnósticos causam profundo mal-estar, mais ainda quando provêm de superior hierárquico.

Sendo assim, uma vez ocorrida a circunstância, abre-se ao empregador a faculdade de extinguir por justa causa a relação contratual de todos os que se utilizam de tal

prática, diante da incontinência de conduta (art. 482, *b*, CLT).

Além disso, poderão também o sindicato profissional ou o Ministério Público do Trabalho conduzirem a questão ao Poder Judiciário, pleiteando a adequação da(s) conduta(s) do(s) empregado(s) que incorre(m) no equívoco diante da transgressão a interesse individual indisponível dos trabalhadores.

Outra questão interessantíssima e que comumente ocorre no trato das relações entre empregado e empregador se refere aos eventos organizados na empresa quando, não raro, são convocados os trabalhadores para participar de culto de um dado segmento religioso.

Inaugurações de filiais e festas de fim de ano muitas vezes se convertem em velada ofensa à liberdade religiosa dos trabalhadores, quando o empresário escolhe a celebração de culto de sua preferência.

Ora, da mesma forma do Estado, a empresa está obrigada a assumir uma postura imparcial quanto aos segmentos religiosos; a empresa, enfim, não tem religião. O proprietário pode ter; os trabalhadores também, mas a empresa, como coletividade destinada à satisfação material e profissional de todos a ela vinculados, está proibida de abraçar uma dada seita religiosa, exceção feita às organizações religiosas.

Por isso que o “convite” endereçado aos trabalhadores a fim de que participem de culto por ocasião do Natal é flagrante desrespeito à liberdade de religião. A propósito, a inexistência de atividade empresarial durante feriados religiosos – como o Natal – não contradiz a afirmação feita no parágrafo anterior, à vista do fato de que a lei proíbe a abertura do estabelecimento em tais dias.

Um fato interessante que não deve escapar à nossa apreciação com referência a trabalho executado em dias religiosos concerne à seguinte pergunta: Pode o empregado eximir-se quanto à sua presença na empresa em data tida por inadequada por sua facção religiosa, mesmo não sendo feriado reconhecido

por lei? A rigor, nada impede que ele, mediante comunicação prévia ao empresário, informe-o a respeito da impossibilidade de comparecimento naquele dia, desde que compense a ausência em data a ser estipulada.

Se o empregador não atende ao pleito formulado, aberta está a via para requerer judicialmente a rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483, *b*, CLT), além de outras providências que podem e devem ser adotadas com o fim de salvaguardar a garantia fundamental dos trabalhadores à liberdade religiosa.

Outrossim, um dos caracteres mais marcantes para a configuração do vínculo empregatício é a subordinação jurídica. Poderia ser dito que tal elemento caracterizador da relação de emprego determina o obediência irrestrito do empregado às diretrizes traçadas pelo empregador para o desenvolvimento da prestação de trabalho, e nada mais. Seria assim? Parece-nos que a subordinação expande o seu raio de ação para fazer com que o trabalhador se insira de tal forma à realidade empresarial que até mesmo a escolha por uma religião seja consumada pelo empregador, de modo ostensivo ou subliminarmente.

E o empregado se integra, hoje, tão intensamente à vida da empresa que passa a ser conhecido como o João da firma tal, chegando ao cúmulo de o seu crachá valer muito mais do que a própria carteira de identidade quando se dirige ao comércio para aquisição de bens por crediário.

Maria Aparecida Rhein SCHIRATO (1999, p. 11-13), em entrevista concedida à Revista VEJA sob o título *Empresa não é mãe*, adverte para as seqüelas irreversíveis que podem comprometer, por definitivo, a identidade do cidadão-trabalhador. Para ela, a empresa como grande mãe gera filhos dependentes, trabalhadores inseguros e sem vida pessoal, quando, inclusive, foi constatado que vários empregados nunca haviam controlado a sua própria conta bancária porque o salário era depositado a cada quinze dias. Ademais, boa parte das contas pa-

gas em débito automático e com diversos benefícios administrados pela empresa, o empregado vai-se distanciando da vida. E o maior perigo desse distanciamento é ele ser confundido com a empresa; é ele começar a acreditar que é tudo aquilo que os inúmeros adereços empresariais e benefícios corporativos lhe proporcionam: passar na frente da fila do *check-in*, ter preferência para ocupar mesa em restaurante, o cheque especial. Ele passa a se movimentar como instituição, como organização. O trabalhador não tem mais posse de si mesmo, não sabe mais quanto ele custa, quanto vale, e até não sabe a respeito do que pode oferecer ao mercado.

Em um quadro delineador de tamanha alienação, está aberto o espaço para que se perpetre contra os empregados toda gama de sortilégios, entre os quais os direcionados à supressão de sua liberdade religiosa.

O empregador não pode “convidar” empregados para a participação em cultos de segmento religioso, ainda que seja um simples “convite”, especialmente porque, no âmbito das relações de trabalho, a expressa recusa ou ausência ao evento por parte do trabalhador poderá soar não como um ato representativo da sua liberdade religiosa, mas sim como demonstração explícita de rebeldia.

Por conseguinte, à exceção dos cultos ecumênicos, que funcionam como elemento integrativo das confissões religiosas, qualquer outra celebração na empresa está vedada pelo sistema constitucional, competindo precipuamente ao Ministério Público do Trabalho, por conta da sua vocação institucional, atuar no sentido de impedir a realização dos eventos, instando, para isso, o Judiciário Trabalhista para a proteção do interesse transindividual.

De uma certa forma, ao definirmos que a empresa não pode ter religião (exceto as organizações religiosas propriamente ditas), já acenamos para a proibição quanto a ser construído na unidade empresarial um templo representativo de confissão religiosa, pois a edificação seria paradigmática do envolvimento do ente coletivo com certa seita.

Não relutamos em concluir que, diante da ocorrência, torna-se imperiosa a conversão do templo em espaço ecumênico, cuja resistência do empregador não leva a outro resultado que o seu fechamento ou mesmo demolição, por mais radicais que possam transparecer as soluções aqui trazidas, que perseguem, todavia, a proteção à liberdade religiosa dos trabalhadores.

Outrossim, as entidades religiosas, com o escopo de atingimento dos seus propósitos institucionais, necessitam contratar trabalhadores. E, nesse momento, é óbvio que não poderão restringir o universo dos eventuais contratados àqueles que professam a fé religiosa abraçada pela organização.

Nem mesmo em questionários ou entrevistas para admissão de trabalhadores é possível indagar a respeito de crença do candidato ao posto de trabalho (proibição que se estende a todo e qualquer procedimento admissional).

E, assim, cremos ter respondido às quatro indagações formuladas no início do subitem, buscando, com isso, convergir a atenção dos operadores e do aplicador do direito do trabalho para este assunto ainda não suficientemente explorado pela ciência do direito e que versa sobre a garantia fundamental da liberdade religiosa no plano das relações de trabalho.

Concluindo o exame do tema no recinto da relação de emprego, oportuno trazer hipótese concreta de atuação do Ministério Público do Trabalho. Refiro-me ao Termo de Ajustamento de Conduta celebrado no Rio de Janeiro, por iniciativa do Procurador do Trabalho, Marcelo José Fernandes da Silva:

Termo de compromisso de ajustamento de conduta n° 83/02

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – PRT DA 1ª REGIÃO, representada, neste ato, pelo Procurador do Trabalho MARCELO JOSÉ FERNANDES DA SILVA, resolve tomar o presente Termo de Compro-

misso de Ajustamento de Conduta da Empresa NEVER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, CNPJ nº 31.199.029/0001-78, com sede na Estrada de Vigário Geral, 371, Vigário Geral, Rio de Janeiro, neste ato, representada por Senhor Luiz Carlos de Sá, CI

02846756-1 IFP/RJ, CPF nº 267.954.347-53, residente e domiciliado na Av. Meriti, nº 2907, apto. 202, Vila da Penha, Rio de Janeiro, nos seguintes termos:

CONSIDERANDO que segundo o Censo de 1991:

Religião	Variável = População residente (Habitante) – Ano = 1991	
	Brasil, Região Geográfica e Unidade da Federação	
Católica romana	Brasil	121.812.771
	Sudeste	49.552.235
	Rio de Janeiro	8.538.220
Outra cristã tradicional	Brasil	553.949
	Sudeste	240.834
	Rio de Janeiro	78.630
Evangélica tradicional	Brasil	4.388.281
	Sudeste	1.882.841
	Rio de Janeiro	592.978
Evangélica pentecostal	Brasil	8.179.706
	Sudeste	4.035.995
	Rio de Janeiro	954.462
Cristã reformada não determinada	Brasil	621.298
	Sudeste	313.410
	Rio de Janeiro	77.863
Neo-cristã	Brasil	8.179.706
	Sudeste	4.035.995
	Rio de Janeiro	954.462
Espírita	Brasil	1.644.355
	Sudeste	1.048.273
	Rio de Janeiro	253.921
Candomblé e umbanda	Brasil	648.489
	Sudeste	437.018
	Rio de Janeiro	248.874
Judaica ou israelita	Brasil	86.416
	Sudeste	70.960
	Rio de Janeiro	26.190
Oriental	Brasil	368.578
	Sudeste	290.478
	Rio de Janeiro	52.137
Outra	Brasil	94.556
	Sudeste	51.494
	Rio de Janeiro	14.610
Sem religião	Brasil	6.946.221
	Sudeste	3.910.508
	Rio de Janeiro	1.759.364
Sem declaração	Brasil	595.979
	Sudeste	417.631
	Rio de Janeiro	114.314

Fonte: IBGE (1991?).

CONSIDERANDO que as diversas religiões professam princípios de fé diversos e possuem livros sagrados ou não;

CONSIDERANDO que o CENSO de 1991 conseguiu dimensionar as seguintes religiões:

Afro-tradicionais – “religião tradicional do continente africano. Tem como principal característica a ausência de um livro sagrado, baseando-se em mitos e rituais que são transmitidos oralmente”. No Brasil encontramos o CANDOMBLÉ com seus rituais e ordem de orixás e outras divindades, que variam de acordo com a região africana de origem, e o UMBANDISMO de origem africana, mas que é resultado de um forte sincretismo e também com seus cultos e orixás.

Budismo – “religião fundada por Siddharta Gautama – o Buda – na Ásia Central, por volta de 563-483 a.C.”, baseada, em síntese, em cinco princípios: a vida é sofrimento; o sofrimento é causado pelo desejo; para se libertar do sofrimento é preciso extinguir o karma, “ensinando como o ser humano pode escapar do ciclo nascimento e morte (reencarnação), por meio da conquista do mais alto conhecimento.

Confucionismo – “doutrina ética e política, fundada por Confúcio (551-479 a.C.), que por mais de dois mil anos constituiu o sistema filosófico dominante da China. Seu pensamento consiste em definir as relações humanas individuais em função das instituições sociais, principalmente da coletividade.

Cristianismo – “conjunto das religiões cristãs (catolicismo, protestantismo e religiões ortodoxas orientais), que se baseia nos ensinamentos de Jesus Cristo”. O CATOLICISMO tem como chefe o papa, baseia-se nas Escrituras, na Infallibilidade da Igreja e na Tradição, seu livro: a Bíblia, que possui seis livros a mais que a Bíblia Protestante, cujo Antigo Testamento possui apenas 39 livros. Os cristãos ortodoxos não reconhecem a autoridade do papa. O protestantismo abriga as religiões cristãs reformistas, baseia-se na Bíblia, cuja autoridade é soberana, rejeita a missa, o culto aos santos, a autoridade papal. As igrejas dividem-se em tradicionais, pentecostais e neopentecostais.

Espiritismo – doutrina organizada por Allan Kardec com base no ensino dado pelos espíritos. Não tem livros sagrados, nem liturgias, nem rituais, nem sacramentos. Tem

como princípios: Deus, a imortalidade da alma, a mediunidade, a reencarnação e a pluralidade dos mundos habitados. Para os espíritas, Jesus é o modelo de conduta moral.

Hinduísmo – “religião professada pela maioria dos povos da Índia. Cultua um grande número de deuses e deusas e seus seguidores acreditam na reencarnação e na união com Deus supremo – Brahma – pela libertação espiritual. Os hinduístas têm rituais diários obrigatórios e também os não-obrigatórios, mas de enorme valor para eles, como a peregrinação a lugares sagrados: rio Ganges, por exemplo”.

Judaísmo – religião do povo hebreu fundada na aliança com Deus feita por Abraão e no Torah. “Os judeus não acreditam que o Cristo era o Messias (filho de Deus) e ainda esperam pela sua vinda. Existe também um outro tipo de judaísmo – judaísmo alexandrino – que é fortemente influenciado pelo pensamento grego. Moisés, que libertou o povo hebreu da escravidão no Egito, é considerado seu profeta maior”.

Taoísmo – filosofia religiosa desenvolvida principalmente pelo filósofo Lao-tse (século VI a.C.). A noção fundamental dessa doutrina é o Tao – o Caminho – princípio sintetizador e harmônico do Yin (feminino) e Yang (masculino). O acesso ao Caminho se dá pela meditação e pela prática de exercícios físicos e respiratórios.

Maometismo – “religião fundada por Maomé (570-652 d.C.); do islã, muçulmana. Afirma a existência de um único Deus – Alá – e acredita que o Cristo foi um grande profeta. Maomé, no entanto, não é cultuado em si mesmo nem considerado um intermediador entre Deus e os homens. Para os muçulmanos, sua vida é o ponto máximo da era profética, sendo as leis do islamismo o cumprimento das revelações anteriores feitas pelos profetas das religiões reveladas, como o cristianismo e o judaísmo”. O Alcorão é o livro único em que estão contidos os seus princípios e crenças.

FONTE: Censo Demográfico 1991 (IBGE, 1991?).

CONSIDERANDO, ainda, os sem religião;

CONSIDERANDO que a República Federativa do Brasil, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, art. 1º, IV, como objetivo promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), bem como elevou à categoria de direito e garantia fundamental a inviolabilidade à liberdade de consciência de crença, art. 5º, VI, assim como a garantia de ninguém será privado por motivo de crença religiosa, art. 5º, VIII, todos da Constituição da República Federativa do Brasil;

CONSIDERANDO que os dados verificados pela compromissária, quando das entrevistas para vagas em seu estabelecimento e anotados em uma agenda, atinentes à opção religiosa, Igreja que o candidato freqüentava, bem como que os havia indicado na igreja, representam verdadeira discriminação;

CONSIDERANDO que a referida aferição não encontra amparo, ou melhor, é repudiada pelo Sistema Jurídico vigente, conforme acima apontado;

CONSIDERANDO que o CULTO realizado todos os dias na sede da empresa (no auditório) tem nítido caráter religioso protestante, uma vez que se louva a Jesus Cristo e lê-se a Bíblia protestante;

CONSIDERANDO como acima apontado que o ensinamento de Jesus não é fundamento de muitas das religiões existentes e professadas no Brasil;

CONSIDERANDO que a Bíblia Protestante não partilha alguns livros existentes na Bíblia Católica;

CONSIDERANDO que a Bíblia não é livro sagrado para muitas religiões;

CONSIDERANDO que no ambiente de trabalho não pode ser criado qualquer tipo de constrangimento que atinja as opções religiosas dos trabalhadores, principalmente porque a subordinação se presume;

CONSIDERANDO ainda que a coação à participação no culto se presume, ante a for-

ma como é feita a seleção dos candidatos a vagas na empresa, uma vez que a condição de evangélico é por demais aferida pela compromissária;

CONSIDERANDO que na inspeção realizada verificou-se que mais de 90% dos trabalhadores internos estavam no CULTO;

CONSIDERANDO que a alta taxa de adesão ao CULTO se explica pela própria forma com que os trabalhadores são admitidos, ou seja, com privilégio para os protestantes;

CONSIDERANDO, ainda, que as pessoas não podem ser discriminadas no acesso ao emprego, pelo simples fato de serem fumantes;

A pessoa Jurídica Never Indústria e Comércio Ltda compromete-se, doravante, a satisfazer e cumprir fielmente as seguintes obrigações:

a) Não mais se utilizar, no processo seletivo, de indagações, perguntas ou qualquer outra forma de aferição das opções, crenças e militâncias religiosas;

b) Não discriminar quer candidatos, quer os atuais e futuros empregados, quer com relação à admissão, quer com relação às promoções e outras vantagens legais ou estabelecidas pela empresa ou normas coletivas;

c) Não mais realizar CULTOS em seu estabelecimento ou em qualquer de suas dependências, dentro do horário de trabalho;

d) Que a participação em qualquer ato de caráter religioso não pode ser impingida, nem exigida, nem haverá qualquer forma de assédio ou coação, por mais dissimulados que sejam, para os trabalhadores participem desses cultos;

e) Que durante o período destinado ao culto não serão cumpridas quaisquer obrigações de natureza contratual, como: assinatura de presença, assinatura de contracheques, cartões de ponto, entrega de documentos, ou outro qualquer ato decorrente do contrato de trabalho;

f) A compromissária pagará a multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por ato discrimi-

minatório reversível para o FAT e devidamente atualizado.

Rio de Janeiro, 09 de abril de 2002.

Marcelo José Fernandes da Silva
Procurador do Trabalho

Never Indústria e Comércio Ltda
Luiz Carlos de Sá – Sócio da compromissária

Diana Teresa Furtado Castro
Advogada

Mácia Costa Xavier

8. Conclusão

Ainda que a questão religiosa tenha perdurado na França até meados do século XVII, é correto afirmar que a tolerância à diversidade de opção religiosa somente foi guindada ao plano de liberdade pública com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789;

Sem dúvida, a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano, que o seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa;

Se o pluralismo político aparece como fundamento a autorizar a existência de diversos órgãos forjados no altiplano de idéias e posições as mais variadas, termina por reforçar a liberdade de organização religiosa;

No Preâmbulo, o recurso à personificação (“*Nós*, os representantes do povo brasileiro”) dá a exata idéia de que o nome de Deus fora mencionado para ressaltar a postura crente da maioria dos parlamentares que atuaram na elaboração do vigente Texto Constitucional. São os legisladores constituintes de competência originária que resolveram rogar à proteção divina, não sendo correto promover-se contingente vinculação do Estado brasileiro à crença religiosa, porquanto se recorre ao uso do pronome pessoal da primeira pessoa do plural para reforçar a antedita personificação;

A referência ao nome de Deus em notas de curso forçado cumpre simplesmente o propósito de identificar os indivíduos ao Plano Real, creditando-o como norma pla-

nejadora apta e eficaz para a melhoria da vida das pessoas;

Sendo certo que a liberdade de culto se encontra materializada em norma constitucional com eficácia relativa restringível, podendo, portanto, ter a sua amplitude encurtada por atuação do legislador ordinário, conclui-se que o sacrifício de animais no ritual de Candomblé e Umbanda não tem amparo no sistema normativo em virtude do tipo legal consubstanciado no art. 64 da Lei das Contravenções Penais;

Embora represente um custo maior para o órgão que disponibiliza as vagas a serem preenchidas por via de concurso público, o direito individual à liberdade religiosa do adventista – no caso, não se submetendo à prova em dia de sábado – não deve ceder espaço à comodidade da Administração Pública;

Na hipótese de exibição de imagens produzidas por artista plástico, o que se vê não corresponde à tentativa do Estado quanto a privilegiar ou fomentar a consolidação de um segmento religioso, mas, tão-somente, a difusão do patrimônio cultural;

A heterogeneidade latente no corpo de trabalhadores abre sério precedente ao se possibilitar a empregado faça proselitismo de uma religião dentro da empresa, já que muitos colegas podem eventualmente ter feito a opção – ou mesmo não ter consumado escolha qualquer –, criando-se, assim, constrangimentos com imprevisíveis conseqüências, quer em virtude de a defesa de concepção religiosa perante quem já abraçou outro segmento significar grave ofensa à liberdade de crença, quer porque o trabalhador agnóstico pode não aceitar de modo passivo a investida do crente;

O “convite” endereçado aos trabalhadores a fim de que participem de culto por ocasião do Natal é flagrante desrespeito à liberdade de religião;

A existência, na empresa, de templo representativo de um dado segmento religioso torna imperiosa a sua conversão em es-

paço ecumênico, abrigando, assim, todas as tendências religiosas;

As entidades religiosas, malgrado tal condição, não podem restringir o universo dos trabalhadores contratáveis àqueles que professam a fé religiosa abraçada pela organização.

Notas

¹ Fixação de horário-limite para cultos religiosos é assunto referente a interesse local, com o que incide a regra de competência do art. 30, I, da Constituição.

² É também expressão do princípio da impessoalidade a existência de Administração Pública não vinculada ao rosto do governante.

³ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas>>.

⁴ Fonte: *Jornal A Tarde*, Salvador, 3 jul. 2002.

⁵ A classificação utilizada é a proposta por Maria Helena DINIZ (1992).

Bibliografia

DINIZ, M. H. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DOYLE, A. C. *Os fugitivos*. [S. l.: s. n., 19--?].

DUGUIT, L. *Traité droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Fontamoiny, [1925?]. v. 5.

IBGE. *Censo demográfico 1991*. Rio de Janeiro, [1991?].

MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1993. v. 4.

REALE, M. *O Estado democrático de direito e o conflito de ideologia*. [S. l.: s. n., 19- -?].

RIBEIRO, R. J. *A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil*. [S. l.: s. n., 2000?].

SHIRATO, M. A. R. Empresa não é mãe. *Veja*, São Paulo, 14 abr. 1999. Entrevista cedida a Donit Harazin.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. [S. l.: s. n., 19- -?].

TOLEDO, R. P. de. Não convocar o santo nome... *Veja*, São Paulo, n. 1759, p. 114, 10 jul. 2002.

Esse estranho chamado Seguro Ambiental

Frank Larrúbia Shih

Sumário

1. Intróito. 2. O Direito Ambiental. 3. O seguro como instrumento de defesa ambiental. 4. As dificuldades técnicas e as possíveis soluções. 5. O Direito Comparado. 6. Proposta: o Seguro Obrigatório Ambiental.

1. Intróito

Um dos mais fascinantes relatos acerca de como era o Brasil após a sua “descoberta” não foi descrito por Pero Vaz de Caminha, mas sim pelo francês Jean de LÉRY (1980, p. 77-78), alguns anos após, com uma visão única e detalhada daqueles tempos imemoriais:

“Tivemos desde então vento de oeste que nos foi propício e permaneceu tão constante que a 26 de fevereiro de 1557, pelas oito horas da manhã, avistamos a Índia Ocidental ou terra do Brasil, quarta parte do mundo, desconhecida dos antigos e também chamada América, do nome daquele que em 1497 primeiro a descobriu. Não é preciso dizer que muito nos alegamos e rendemos graças a Deus por estarmos tão perto do lugar que demandávamos. Com efeito, há cerca de quatro meses já não víamos porto e flutuávamos num exílio sem solução. Por isso logo que verificamos ser o continente que víamos, pois muitas vezes nos enganaram as nuvens, velejamos para a terra e no mesmo dia,

Frank Larrúbia Shih é Procurador Federal (RJ), ex-Procurador da SUSEP e Professor.

com o nosso almirante à frente, fomos ancorar a meia légua de um lugar montanhoso chamado *Huuassú* pelos selvagens. Botamos na água o escaler e depois de ter disparado alguns tiros de peça para avisar os habitantes, conforme costume de quem chega a esse país, vimos reunirem-se na praia homens e mulheres em grande número. Nenhum de nossos marinheiros, já viajados, reconheceu bem o sítio; entretanto os selvagens eram da Nação dos *Margáia*, aliada dos portugueses e por conseqüência tão inimiga dos franceses que se nos apanhassem em condições favoráveis, não só não nos teriam pago resgate algum mas ainda nos teriam trucidado e devorado. E logo pudemos admirar as florestas, árvores e ervas desse país que, mesmo em fevereiro, mês em que o gelo oculta ainda no seio da terra todas essas coisas em quase toda a Europa, são tão verdes quanto na França em maio e junho. E isso acontece durante todo o ano nessa terra do Brasil”.

Naqueles tempos, as águas límpidas e o verde das matas já impressionavam os viajantes, e a riqueza e a intocabilidade da fauna e da flora nunca poderão ser imaginadas pelas atuais gerações.

Os danos que a humanidade podia causar ao meio ambiente ainda eram limitados e decorrentes de atividades extrativistas. Com a Revolução Industrial, o confronto homem-natureza ganhou uma nova tensão e a expansão industrializada e tecnológica dos dias atuais – à medida que traz mais conforto ao homem – introduziu um problema de magnitude mundial, que é conciliar desenvolvimento com a preservação ambiental. A idéia do *desenvolvimento sustentável* é um dos maiores dramas atuais da humanidade.

2. O Direito Ambiental

O grande marco inicial que selou a preocupação internacional sobre danos ambi-

entais foi a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, dando início à formação do próprio Direito Ambiental, com os países definindo a sua legislação ambiental. No ordenamento pátrio, as disposições constitucionais do art. 225 e seus parágrafos tratam especificamente do meio ambiente, sendo o seu *caput* definidor de que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Por sua vez, a Lei nº 6.938/81 institui a Política Nacional do Meio Ambiente, ao passo que a Lei nº 9.605/98 dispõe sobre as sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Nosso país tem uma das legislações ambientais mais modernas do mundo, mas os investimentos nessa área talvez sejam um dos piores. A despeito da proteção legislativa, judicial e administrativa ao meio ambiente, ainda assim todos os instrumentos ainda não são capazes de obter resultados satisfatórios para o almejado equilíbrio. Não existe solução monolítica. A solução é tarefa árdua e empreende várias frentes de ataque.

3. O seguro como instrumento de defesa pessoal

Uma dessas frentes de ataque é justamente o SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. Pela primeira vez, surge uma modalidade de seguro que *transforma as seguradoras em verdadeiras parceiras do Poder Público*. Explica-se: nenhuma seguradora concede cobertura a danos ambientais sem antes se certificar de que o segurado tenha efetivamente adotado as medidas preventivas para se evitar a realização do sinistro, que, no caso, seria também o cumprimento rigoroso da legislação ambiental, até porque o valor do prêmio é proporcional à gestão ambiental adotada

pela empresa segurada. Ora, ao se exigir do segurado a preservação do bem, objetivando a minorar o risco do sinistro com a adoção de medidas de proteção, o que se tem é uma contribuição direta e efetiva na redução dos danos ambientais. Esse papel de *prevenção* do qual as seguradoras não podem abrir mão é um dos mais geniais e espetaculares instrumentos contra o dano ambiental: *dúplice proteção – prevenção e cobertura*.

O campo de atuação do seguro ambiental é uma galáxia, pois os temas ambientais mais em voga nos dão uma idéia da extensão em que é possível se estabelecer esse seguro: a) diminuição da camada de ozônio; b) aquecimento global; c) perda de biodiversidade; d) poluição do ar; e) poluição da água; f) produtos químicos tóxicos; g) questões nucleares; h) diminuição dos recursos naturais; i) qualidade de vida. Esses temas, aliás, já são inseridos dentro da chamada *contabilidade ambiental*¹.

4. As dificuldades técnicas e as possíveis soluções

O mercado segurador é extremamente otimista em relação à área ambiental, pois é consciente do amplo espectro de responsabilidade que traz para sua esfera de atuação (novos negócios). Todavia, todo esse entusiasmo não se tem revertido em casos concretos. O seguro ambiental ainda não alcançou – no plano negocial – a sua efetiva realização e expansão que se espera. E por que não? Uma das grandes dificuldades para as entidades seguradoras é o problema envolto na pluralidade de vítimas (elemento difuso), na difícil reparação e na valoração do dano ambiental. Sim, porque, embora se possa definir um número certo de vítimas, haverá sempre uma pluralidade difusa de pessoas que podem ser afetadas pelo dano. Além disso, a *reparação* do dano ambiental traz outra dificuldade que é – em muitos casos – a impossibilidade da *restituição in integrum*. O que se perdeu, perdido está.

E, para a problemática de se instituir o prêmio do seguro, o dano ambiental é de difícil *valoração*, dada a dificuldade em se estabelecer parâmetros econômicos de sua reparação, seja pelo caráter difuso do dano, seja pela disseminação a longo prazo no ecossistema (efeitos que não se apresentam de imediato). Acrescente-se, ainda, a possibilidade de *danos morais*². Tudo isso funciona como um *speed brake* nas expectativas.

Todavia, essas dificuldades não podem ser vistas como as últimas palavras de um determinismo de impossibilidade. O seguro ambiental pode ser inserido dentro da margem de intervenção estatal que preconiza metas, programas e medidas para soluções concretas envolvendo empresas e o meio ambiente. Como dito antes, as seguradoras aqui são parceiras do Poder Público e como tais devem ser consideradas. Podemos aplicar – ainda que com certa variação – o chamado *TEOREMA DE COASE*, que prestigia a negociação nos problemas relacionados ao meio ambiente. Aqui não podemos tratar a negociação como mera barganha entre as partes envolvidas, até porque o ordenamento pátrio não comporta disponibilidade sobre bens ambientais. Mas podemos viabilizar essa negociação como meta ou programa da ação do Poder Público na execução da legislação ambiental. É o que anota Ricardo CARNEIRO (2001, p. 91): “é bem verdade que nesse modelo não temos um processo de negociação puramente privada, propriamente dito, nem mesmo a exata definição de direitos de propriedade sobre os recursos ambientais, no sentido em que sugere a interpretação do Teorema de Coase. O que os órgãos colegiados de gestão asseguram é o espaço necessário a que os diversos atores sociais possam negociar as ações de política ambiental, reduzindo, por assim dizer, os custos de transação social a níveis minimamente razoáveis”.

Outra solução está no parâmetro da chamada *TARIFAÇÃO DA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL*. Trata-se, em verdade, de modelo muito criticado porque, se a tendên-

cia é alargar ao máximo a reparação dos danos ambientais, a idéia de tarifação seria um retrocesso. Todavia, embora imperfeito, mostra-se como uma solução concreta e objetiva para muitos casos, sendo que a possibilidade de tarifação facilita – sem dúvida – a instituição do seguro ambiental considerados os elementos técnicos da contratação. Aliás, Paulo de Bessa ANTUNES (19--?, p. 153) lembra que:

“No Direito brasileiro existem diversas leis que adotaram critérios para o estabelecimento de mecanismos de tarifação da responsabilidade. A motivação é, evidentemente, a mesma que se faz presente em outros setores do Direito positivo: o elevado investimento, o elevado nível de risco da atividade e, igualmente, a necessidade de que o empreendedor tem de prever o montante aproximado de seu risco”.

Como podemos visualizar a aplicação prática do seguro ambiental em uma hipótese de tarifação como essa? A título de exemplo, a Lei nº 5.357/67 estabelece penalidades para embarcações e terminais marítimos ou fluviais que lançarem detritos ou óleo em águas brasileiras, mediante multas administrativas. A securitização pelo pagamento das eventuais multas a que estaria sujeito o causador do dano parece irrisória perto do dano ecológico causado por um possível derramamento de óleo no mar. Contudo, como já registramos, o *papel da prevenção* estaria vivo e presente na contratação do seguro, pois o segurador exigirá do segurado mais cautelas que talvez exigisse o próprio Poder Público. Não se trata de repasse de funções públicas. *Trata-se de ação conjugada de iniciativa do Poder Público e do próprio setor privado, pois presente a função social do seguro.* Diante de uma situação em que qualquer segurador recusaria dar cobertura a todo o dano ecológico e da imprevisibilidade de sua extensão, parece que o papel da prevenção em um modelo mais modesto de securitização já se reverteria em grande benefício para se evitar danos ambientais.

É preciso dar início à intensificação do seguro ambiental, seja em que nível for. Aumentando-se o feixe de contratações no mercado, inicia-se a difusão da idéia de securitização ambiental, tornando-a parte da cultura econômica³.

5. O Direito Comparado

No plano internacional, apesar da recusa do Governo Americano em assinar o Protocolo de Quioto, causando consternação internacional, a legislação ambiental norte-americana é considerada uma das mais avançadas, merecendo destaque o *Environmental Law Reporter* (1971) e o *National Environment Policy Act* – NEPA, que descentraliza a diversos órgãos a competência para o trato de questões ambientais. Na Holanda, adota-se uma Comissão que tem ampla independência e capacitação técnica; na França, a análise de impactos ambientais é criteriosa e tecnicamente complexa (EIA); no Canadá, a ação estatal é descentralizada em diversas agências, mas suas atividades são revisionadas pela *Federal Environment Assessment and Review Office* – FEARO. Em regra, as nações civilizadas dispõem de legislação e estrutura administrativa para a coalizção da eficiência na prevenção e reparação de danos ambientais.

6. Proposta: o Seguro Obrigatório Ambiental

Por essa razão, sem prejuízo das diversas modalidades de “seguros ambientais facultativos” que enfim possam florescer no mercado, defendo – como primeiro passo – que os nossos parlamentares em Brasília instituem o *seguro obrigatório ambiental*, nas modalidades de atividades empresariais de núcleo comum ou assemelhados (ex. atividade petrolífera, de produtos químicos, construtoras, marítimos, etc.), que definiria proporcionalmente os prêmios, assim como os limites máximos de indenização⁴. As empresas que apresentassem *certificação* na área de meio ambiente (ISO) poderiam ter o segu-

ro obrigatório reduzido ou até excluído nos casos de contratação de seguro facultativo, efetivamente comprovado nos órgãos públicos competentes.

Essa proposta, por certo, não agrada a alguns segmentos empresariais, que vêm nisso mais um custo em suas atividades. Mas, como dizia Plutarco, “nos assuntos importantes é impossível agradar a todos”. Assim, é preciso ter em linha de projeção que o direito ao ambiente é um *direito fundamental* (art. 225, CF), além do que a securitização obrigatória do meio ambiente encontra seu fundamento no princípio da responsabilidade e no princípio do poluidor pagador (PPP), cabendo destaque que, na *Declaração do Rio, nº 16*, assentou-se a consagração desses princípios:

“As autoridades nacionais devem procurar assegurar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta o critério de que quem contamina deve, em princípio, arcar com os custos da contaminação, levando-se em conta o interesse público e sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais”.

E – por último –, em matéria ambiental, sempre prevalecerá a máxima *lucrum sine damno alterius fieri non potest* (“não pode haver lucro sem prejuízo alheio”).

São essas as considerações em que convidamos o leitor para a reflexão.

Notas

¹ Já se fala em *contabilidade ambiental*, que é uma técnica de gerenciamento que busca a melhor solução de problemas ambientais enfrentados pela so-

cidade. Assim, os custos ambientais são classificados em *convencionais* (relacionados ao uso de matérias-primas ou equipamentos), *contingenciais* (os riscos que podem ocorrer ou não no futuro) e de *imagem e relacionamento* (imagem da empresa perante o público). Há também os *passivos ambientais*, que são obrigações relacionadas aos custos ambientais de uma empresa (Ex. limpeza de uma área contaminada).

²Art. 1º e 5º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

³A Circular SUSEP nº 9, de 11/04/88, aprova a consolidação das disposições aplicáveis ao Seguro Compreensivo de Florestas, mas não fixa a apólice e nem a proposta de seguro. Ou seja, não regulamenta as condições mínimas em que o seguro possa ser estabelecido. Passados mais de quinze anos da Constituição Federal de 1988, nada de novo apresenta sobre essa matéria relevante. É incrível que uma autarquia especializada em seguros privados não preste – em nível técnico e, principalmente, jurídico – as diretrizes para o fomento e a regulação do seguro ambiental em nosso país. A SUSEP precisa mudar a sua política de administração de modo a atender aos interesses e às necessidades públicas, sob pena de seguir a mesma trajetória do vergonhoso e extinto DNER.

⁴A idéia também é defendida por Roberto DURÇO (2001, p. 49-53), insigne Promotor de Justiça e autor do artigo em que preconiza as vantagens do seguro ambiental.

Bibliografia

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, [19--?].

CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DURÇO, Roberto. Desastres ecológicos: seguro ambiental. *Revista APMP*, São Paulo, p. 49-53, dez./fev. 2000/2001.

LÉRY, Jean de. *Viagem à terra do Brasil*. São Paulo: USP, 1980.

Modelos de parlamentarismo: inglês, alemão e francês

Paulo Vargas Groff

Sumário

Introdução. 1. Sistema parlamentarista. 1.1. Definições sobre o parlamentarismo. 1.2. Características do parlamentarismo. 2. Modelos referenciais de parlamentarismo. 2.1. Monarquia parlamentarista – modelo inglês. 2.2. República parlamentarista – modelo alemão. 2.3. República parlamentarista-presidencialista – modelo francês. Conclusão.

Introdução

Existem certos elementos que caracterizam um sistema de governo como sendo parlamentarista e não presidencialista ou diretorialista. Todavia, não existe um tipo único de parlamentarismo, assim como não existe um tipo único de presidencialismo, não sendo possível dizer o mesmo do diretorialismo, pelo fato de encontrarmos este sistema apenas na Suíça. Apesar de cada Estado ter as suas particularidades, no que se refere ao sistema parlamentarista, é possível hoje destacarmos três modelos distintos de parlamentarismo: o modelo britânico, que é considerado o modelo clássico por ter sido o primeiro a surgir, e os modelos alemão e francês. Esses modelos distintos vão surgir em função da relação do parlamentarismo com a forma de governo, monárquica ou republicana, e dentro da forma republicana em função da eleição direta ou indireta do chefe de Estado, ou seja, do Presidente da República. Portanto, dependen-

Paulo Vargas Groff é Doutor em Direito pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne) e Professor de Direito Constitucional das Faculdades de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) e do Instituto Ritter dos Reis, RS.

do da variação do lugar ocupado pelo chefe de Estado, teremos um modelo ou outro.

Desejamos, com esta reflexão, tratar, primeiramente, do significado do parlamentarismo, com as suas definições e características básicas, para num segundo momento analisarmos os três modelos distintos de parlamentarismo, ressaltando as particularidades de cada um deles e a adequação desses modelos a cada realidade, com os pontos que são apontados como sendo positivos e negativos. Temos a clareza de que cada modelo está ligado à realidade própria de cada Estado, e, portanto, o fato de funcionar de maneira razoável numa dada realidade não o torna apropriado para ser transplantado para outras realidades distintas. Tal reflexão adquire importância em função do constante retorno da discussão sobre o parlamentarismo na política brasileira, sem que os defensores desse sistema expressem com maior clareza que tipo de parlamentarismo desejam para o Brasil. Isso não implica dizer que devemos optar por um dos modelos que iremos analisar.

1. Sistema parlamentarista

Entendemos ser de fundamental importância, primeiramente, demarcarmos claramente o que significa o parlamentarismo enquanto sistema de governo. Para isso iremos trabalhar com algumas definições e, finalmente, traçaremos as características básicas, válidas para os três modelos que iremos analisar logo após.

1.1. Definições sobre o parlamentarismo

O cientista político Philippe BRAUD (1996, p. 171) define o parlamentarismo como sendo o “regime político em que o governo (Conselho de Ministros), que exerce o poder em nome de um chefe de Estado irresponsável, é politicamente responsável frente a uma Assembléia Nacional sujeita à dissolução”.

No nosso entender, o que define um sistema como sendo parlamentarista é o fato de haver uma dependência ou necessidade

de cooperação política entre os Poderes Executivo e Legislativo. Pois no sistema oposto, presidencialista, haverá a independência política entre os Poderes.

Existe no sistema parlamentarista um mecanismo de equilíbrio de forças. Esse equilíbrio de forças entre o Parlamento e o chefe de Estado está no fato de que o Parlamento pode obter a demissão do Ministério, porém aquele pode ser dissolvido pelo chefe de Estado (monarca na Inglaterra, na Bélgica, no País Baixo ou na Espanha, e Presidente da República na Itália, na Alemanha e na França). Assim, esse chefe de Estado simboliza a unidade nacional, acima dos partidos políticos, e, conseqüentemente, das divergências e crises políticas. O chefe de Estado encarna a continuidade do estado e das instituições, sem ter os meios e os poderes de colocar em prática uma política própria. Dependendo da variação do lugar ocupado pelo chefe de Estado, sobretudo em função de sua eleição direta, este pode portar uma grande legitimidade popular (cf. MÉNY, 1993, p. 282), como é o caso do Presidente da República na França.

No parlamentarismo, geralmente o Parlamento encontra-se dividido em duas Casas ou Câmaras (bicameralismo): Câmara Alta (Câmara dos Lordes, na Inglaterra; Senado, na França; e Bundesrat, na Alemanha) e Câmara Baixa (Câmara dos Comuns, na Inglaterra; Assembléia Nacional, na França; e Bundestag, na Alemanha). Somente a Câmara Baixa, na qual seus membros são resultantes do sufrágio universal, é que exerce controle sobre o governo. A Câmara Alta tem seus membros geralmente escolhidos por via indireta, possuindo poderes limitados. Ela funciona mais como um poder Moderador, com caráter conservador, se compararmos com a Câmara Baixa, que geralmente é mais sensível às pressões populares.

O Poder Executivo tem preponderância sobre os demais Poderes na maioria dos regimes parlamentares contemporâneos, como, por exemplo, na Grã-Bretanha, na Suécia, na Alemanha. E as razões disso não

se devem somente a disposições jurídicas, que introduzem um parlamentarismo racionalizado: existência de modalidades restritivas da colocação em jogo da responsabilidade política; domínio pelo governo da agenda das Assembléias; limitação da duração das sessões parlamentares. Em verdade, esse domínio decorre de dois fatores fundamentais: primeiramente, a existência de partidos disciplinados, tendo o primeiro-ministro, enquanto líder do partido, o domínio sobre os parlamentares que lhe dão sustentação; o outro fator se deve ao aumento da necessidade de governar. Assim, tanto as atividades legislativas como as administrativas estão hipertrofiadas, quando se trata de resolver difíceis tarefas com caráter cada vez mais técnico. No entanto, o Legislativo se encontra bem menos aparelhado que o Executivo, que pela sua própria natureza possui uma série de órgãos especializados. Assim, acaba o Executivo legislando por decreto e o Legislativo, quase que exclusivamente, vota os projetos de lei do Executivo (cf. BRAUD, 1996, p. 172-173).

Fazendo um paralelo com as formas de governo, Monarquia e República, verificamos que o presidencialismo e o diretorialismo ocorrem somente na República, enquanto o parlamentarismo pode ser adotado tanto na República como na Monarquia. Cerca de ^{3/4} dos governos no mundo são do tipo parlamentarista.

1.2. Características do parlamentarismo

Existem alguns elementos que são básicos para as diversas experiências parlamentaristas: Executivo dualista, governo com responsabilidade política e Câmara baixa sujeita a dissolução.

– Executivo dualista: distinção entre chefe de Estado (Monarca ou Presidente) e Chefe de Governo (primeiro-ministro ou chanceler). A instituição do chefe de Estado varia em função da forma de governo, republicana ou monárquica: sendo republicana, será temporária, e na monárquica, será vitalícia e hereditária. Para alguns autores (cf.

SILVA, 1996, p. 128), a chefia do Estado nada tem que ver com o poder Executivo (governo), constituindo-se uma espécie de quarto Poder, neutro e equidistante dos demais Poderes, uma espécie de poder Moderador.

O governo é o órgão executivo do sistema parlamentarista. Em regra geral, esse órgão é chefiado pelo líder da maioria parlamentar, podendo representar um só partido ou a coligação de partidos. O chefe de governo recebe diferentes denominações: primeiro-ministro, chanceler, presidente do conselho de ministros ou presidente do governo, e é indicado pelo chefe de Estado, que indicará aquele que tiver a possibilidade de obter o apoio da maioria parlamentar. Diversas Constituições (cf. SILVA, 1996, p. 124) prevêm que o chefe de Estado pode dissolver o Parlamento caso este recuse sucessivamente as indicações dos primeiros-ministros. Quando se fala em Parlamento, para fins de formação do governo, está-se referindo somente à Câmara Baixa (Câmara do Deputados, Assembléia Nacional ou Câmara dos Comuns). Os membros do governo geralmente são membros do Parlamento e continuam no exercício do mandato parlamentar. Em matéria de processo legislativo, o sistema parlamentarista concede poder de iniciativa legislativa ao governo, com maior delegação legislativa.

– Governo com responsabilidade política: o governo para se manter necessita que a sua política seja aprovada pela maioria parlamentar. É um sistema alicerçado no consenso ou aceitação, e não simplesmente no conceito de maioria ou de minoria. O consenso pode deixar de existir, e o Parlamento manifesta por meio da “moção de desconfiança”, tendo como consequência a demissão do governo. Existe ainda a “moção de censura”, para que o governo modifique a sua política. Pode o governo se adiantar e requerer ao Parlamento uma “moção de confiança” para reafirmar a sua estabilidade. A moção de desconfiança atinge todo o governo, implicando a responsabilidade coletiva deste (princípio da responsabilidade solidária) (cf. SILVA, 1996, p. 125). Por depender do apoio da mai-

oria parlamentar, que pode desaparecer dentro de uma mesma legislatura do Parlamento ou após novas eleições parlamentares, o mandato do governo não tem duração fixa. São exemplos de governos que tiveram uma longa duração: o socialista, na Suécia (22 anos); o conservador, na Inglaterra (14 anos, dos quais 11 com Margareth Thatcher); o socialista de Filipe Gonzales, na Espanha (12 anos); o liberal, na Austrália (12 anos); o socialista da Holanda (8 anos) e o trabalhista na Noruega (8 anos). O jurista francês Maurice HAURIUO (HAURIUO, M. *Précis de droit constitutionnel*. Paris: Sirey, 1929, apud GREWE, 1995, p. 371) considera a responsabilidade política do governo o único elemento que caracteriza o parlamentarismo.

– Câmara Baixa sujeita a dissolução: a Câmara Baixa fica sujeita a dissolução pelo Chefe de Estado. Essa possibilidade faz com que a Câmara Baixa somente declare a desconfiança no governo em casos em que a política deste não tenha mais o apoio popular. Do contrário, ao aprovar a moção de desconfiança ao governo, pode estar dando abertura para que o chefe de Estado dissolva a Câmara Baixa, por entender que esta não mais representa convenientemente o povo. Dissolvida a Câmara Baixa, são convocadas novas eleições legislativas. A continuidade do governo ou a necessidade de constituição de um novo governo vai depender da maioria parlamentar surgida das eleições. A duração do mandato do membro da Câmara Baixa varia de Estado para Estado, sendo normalmente de 5 anos, mas em função da dissolução pode ser mais breve, sendo, no entanto, permitida a reeleição. O sistema eleitoral sempre inclui o sistema eleitoral majoritário (voto distrital, com uma vaga), ou misto (majoritário e proporcional) para a escolha dos parlamentares.

2. Modelos referenciais de parlamentarismo

Temos para nós que o sistema parlamentarista inglês, alemão e francês constituem

três modelos distintos e referenciais de parlamentarismo, pela particularidade desses modelos e pelo fato de terem influenciado na estruturação de governos parlamentaristas de outros Estados.

2.1. Monarquia parlamentarista – modelo inglês

As instituições políticas britânicas são produto da história; construídas dia após dia, elas não são frutos de uma teoria elaborada. As principais instituições foram construídas entre os séculos XI e XVIII, como resultado da disputa pelo poder político entre o Monarca e o Parlamento. O sistema britânico deu nascença ao primeiro regime político moderno, ao primeiro regime democrático, aos primeiros partidos políticos e ao primeiro tipo de parlamentarismo.

No parlamentarismo britânico, o fato de haver uma fusão entre o Legislativo e o Executivo, e o fato de existirem dois partidos fortes, conservador e trabalhista, são responsáveis pela estabilidade do sistema.

Depois de 1983, a Câmara dos Comuns conta com 650 deputados, com mandato de no máximo 5 anos. Mas geralmente a Câmara se dissolve durante o último ano do mandato. As eleições são realizadas num único turno, por circunscrição (distrito), em que de cada circunscrição é eleito um deputado, ou seja, o mais votado. Todavia esse sistema eleitoral majoritário induz ao voto útil e é capaz de cometer injustiças, podendo ocorrer de um partido majoritário, com o maior número de votos por circunscrição, ter menor sufrágio que o partido minoritário. Tal fato ocorreu em 1983, quando o partido conservador obteve 61% das cadeiras com 42% dos sufrágios (cf. BURDEAU, 1993, p. 201-202).

A concentração dos partidos, surgindo dois grandes partidos: conservador e trabalhista, fez com que após o resultado do escrutínio já se soubesse qual seria o primeiro-ministro, sabendo qual o partido majoritário e qual o seu líder. O chefe de Estado, monarca, nomeia o primeiro-ministro, que é

o líder do partido majoritário. Dessa forma, quando se vota no deputado se está na verdade escolhendo o primeiro-ministro. Existem ainda outros partidos políticos, mas esses não chegam a intervir no monopólio exercido pelos dois grandes partidos. Por exemplo, em 1955 os dois partidos obtiveram 96,1% dos sufrágios exprimidos; em 1992 foi de 76%, e, mesmo com a diminuição, esse domínio não chega a ser ameaçado (cf. ARDANT, 1995, p. 247).

A Câmara dos Comuns tem um presidente, o *speaker*, eleito por toda a legislatura, podendo sair do partido majoritário ou minoritário. A sua função caracteriza-se pela imparcialidade e neutralidade, sendo um cargo de grande prestígio. Inclusive, na sua circunscrição, a oposição se abstém de apresentar candidato, e normalmente ele é reconduzido à presidência na nova legislatura. Existe uma disciplina partidária muito rígida e os deputados obedecem geralmente as indicações do partido, sob pena de não serem reeleitos. Em consequência, todos os projetos depositados pelo gabinete no parlamento são aprovados.

A Câmara dos Lordes é composta de mais de 1.000 membros, embora somente 150 compareçam às sessões. Destes, 900 são hereditários, 150 à vida, 26 são espirituais. Existe ainda uma categoria especial, que são os *Law Lords*, magistrados responsáveis pela Suprema Corte da Grã-Bretanha, pois cabe também à Câmara dos Lordes resolver os litígios em última instância e estabelecer a jurisprudência. Todos os membros desta Câmara são nomeados pelo Monarca (Rainha), que pode a todo momento nomear os pares hereditários e os à vida. Todavia esses poderes pertencem hoje ao primeiro-ministro. Até 1911 a Câmara dos Lordes tinha as mesmas atribuições da Câmara dos Comuns. Depois dessa data, em função do *Parliament Act*, a Câmara dos Lordes ficou somente com o poder de veto sobre as leis, com valor suspensivo por um ano (um mês para matérias financeiras), podendo, por meio desse mecanismo, retardar a execução

de uma lei. Dessa forma, o papel dessa Câmara tem-se qualificado nos últimos tempos, em virtude da nomeação de pares à vida, personalidades reconhecidas pelas suas competências (BURDEAU, 1993, p. 203-204).

A Grã-Bretanha é uma monarquia, e a passagem da coroa se faz por meio das regras hereditárias do direito comum, em que homens e mulheres têm os mesmos direitos. Os poderes reais são consideráveis: nomeação de um grande número de cargos, o direito de conceder o título de Lorde, os títulos em geral e as condecorações, o direito de convocar, prorrogar e dissolver a Câmara dos Comuns, o direito de guerra e de paz, direito de tratados, etc. Mas o exercício desses poderes se dá através do gabinete ou do primeiro-ministro, que contra-assinam, assumindo a responsabilidade política. Todavia, a importância maior da coroa inglesa está nos valores que ela historicamente expressa: a grandeza do império britânico e as virtudes da família inglesa. Embora isso tudo seja contestado na atualidade, não fazendo mais unanimidade, o poder real tem uma força simbólica considerável na Grã-Bretanha.

O primeiro-ministro é teoricamente escolhido pela Rainha, juntamente com os principais ministros. Os demais ministros e secretários são da livre nomeação do primeiro-ministro. Segundo o uso, os ministros devem pertencer ao Parlamento, ficando a cargo do primeiro-ministro verificar a proporção entre membros da Câmara dos Lordes e membros da Câmara dos Comuns. O Gabinete é uma espécie de órgão executivo da maioria parlamentar. Os poderes primeiro-ministro são consideráveis: exerce o Poder Executivo, uma parte dos poderes reais, produção de legislação delegada pelo Parlamento, etc. as decisões no Gabinete são tomadas por unanimidade de acordo com o costume (cf. BURDEAU, 1993, p. 207).

2.2. República parlamentarista – modelo alemão

A Constituição da República Federal da Alemanha, de 8 de maio de 1949, primeira

do pós-guerra, manteve as mesmas instituições da Constituição de Weimar de 1919: um Parlamento, um Presidente da República e um gabinete dirigido por um Chanceler. O que mudou foi a sua estrutura interna e suas relações (cf. BURDEAU, 1993, p. 209).

O federalismo aparece como uma forma de separação dos poderes e uma garantia para as liberdades, para se contrapor ao Estado unitário e centralizador nazista. Assim, cada Land (Estado-membro) possui a sua organização constitucional, com um Parlamento, um Executivo eleito pelo Parlamento e um controle de constitucionalidade interno ao Land. Portanto, os Länder (membros da Federação) adotam também o sistema parlamentarista.

Dessa forma, de acordo com o princípio da participação, os quinze Länder que constituem a Federação são representados na segunda Câmara, o Bundesrat (Conselho Federal). O número de representantes por Land é variável, e seus membros são de livre escolha e destituição dos governos dos Länder.

As competências da União (Bund) e os Länder estão disciplinadas na Constituição Federal, sendo classificadas em três grupos: aquelas que são da competência do Bund, aquelas que de competência concorrente e aquelas da competência dos Länder. Existe um Tribunal Constitucional para reger os conflitos de competências entre a União (Bund) e os Länder.

O Parlamento é composto de duas Câmaras: o Bundestag (Diète), que representa todo o povo da Federação, e o Bundesrat, que representa os Länder. As eleições ao Bundestag têm um modo especial de escrutínio, que combina a representação proporcional e o sistema majoritário, o que acaba por favorecer os grandes partidos. Assim, a metade das vagas é destinada ao escrutínio majoritário uninominal em turno único, dentro das circunscrições, e a outra metade das vagas é repartida no interior de cada Land, segundo a lista apresentada pelos partidos. O eleitor vota duas vezes (cf. ARDANT, 1995, p. 277).

O Bundesrat (Conselho Federal), juntamente com o Bundestag e o governo federal, tem iniciativa de lei, mas o Conselho somente dispõe de veto suspensivo contra texto votado pelo Bundestag. Todavia esse veto adquire caráter absoluto se diz respeito a matéria que coloca em jogo a existência do Conselho, se a lei em questão se refere a direitos fundamentais ou se refere aos partidos políticos e ao sistema eleitoral. O Conselho Federal ainda exerce uma função fundamental, ele é o garantidor da democracia. Assim, no caso em que o governo for autorizado pela Constituição a agir sem o consentimento da Câmara popular, ele não pode agir sem o acordo do Conselho. Vemos aqui um caso curioso, de combinação do federalismo com o parlamentarismo (cf. BURDEAU, 1993, p. 220).

Em relação ao Tribunal Constitucional, ele é o órgão exclusivo de controle da constitucionalidade. É composto de 16 membros, escolhidos a metade pelo Bundesrat (Conselho) e a outra metade pelo Bundestag (Câmara Popular), com mandato de 12 anos, devendo recair sobre personalidade qualificada, resultando a escolha da negociação entre os dois grandes partidos. A importância do Tribunal é enorme, desempenhando três tarefas fundamentais: regulação dos litígios entre o Bund (União) e os Länder; controle da constitucionalidade; e, por último, assume uma espécie de polícia da moralidade política.

O Presidente da República é eleito pela Assembléia Federal, composta por deputados do Bundestag (Câmara Popular) e um número igual de membros eleitos sob o escrutínio proporcional pelas Assembléias dos Länder (Diètes), para um mandato de cinco anos. Quanto ao papel destinado ao Presidente da República, esse é mais simbólico, sendo poucos e de pequena importância os seus poderes. Ele pode exercer o direito de dissolução do Bundestag, desde que este esteja de acordo (cf. BURDEAU, 1993, p. 221).

A estabilidade política da Alemanha deve-se fundamentalmente à homogeneida-

de de opinião e à disciplina das pessoas que fazem política, e menos às formalidades jurídicas. No entanto, também é importante o processo de escolha do Chanceler. Ele é eleito pela Câmara Popular (Bundestag), sob a proposição do Presidente da República. E, no caso de o candidato proposto não ser eleito, a Câmara poderá, por maioria absoluta dos votos, eleger o Chanceler. Não sendo possível a maioria absoluta, o Presidente da República terá duas possibilidades, ou ele nomeia o candidato que adquiriu maioria simples ou dissolve a Câmara. No caso de a Câmara querer exprimir um voto de desconfiança, ela deve eleger o sucessor por maioria absoluta. Caso seja o Chanceler que coloque a questão de confiança, e a Câmara o recuse por maioria absoluta, o Presidente da República pode, sob proposição do Chanceler, dissolver a Câmara dentro de três semanas. Mas, se nesse meio tempo a Câmara se restabelecer e eleger o sucessor, a dissolução não será mais possível (cf. BURDEAU, 1993, p. 222).

2.3. República parlamentarista-presidencialista – modelo francês

A atual Constituição francesa é de 1958, marcando o início da 5ª República (*V République*). Ela foi elaborada pelo General Charles de Gaulle, que havia solicitado e recebido plenos poderes para resolver o problema da crise da Argélia, então colônia francesa, e para revisar a Constituição. Na verdade, foi feita uma nova Constituição, que depois de elaborada foi submetida à consulta de um Comitê Constitucional, composto por 2/3 do Parlamento, e a *referendum*. Nesse *referendum*, foi aprovada por 79,25% dos votos válidos, mesmo havendo a posição contrária dos partidos de esquerda e de personalidades como François Mitterrand e Pierre Mendes France. Assim, ela foi promulgada em 4 de outubro de 1958. Na verdade, foi De Gaulle que foi plebiscitado, encontrando na Constituição plenos poderes.

As idéias centrais da Constituição provêm principalmente do General De Gaulle, que estabeleceu alguns princípios como:

necessidade de um chefe de Estado forte, eleito por um colégio eleitoral mais amplo que o Parlamento, colocado acima dos partidos políticos, uma espécie de árbitro, de onde precede o Poder Executivo; manutenção do bicameralismo, em que a segunda Câmara (Senado) tem um papel importante de “reflexão e melhoramento” da legislação; restauração da autoridade do Estado, acima dos partidos políticos (cf. ARDANT, 1995, p. 414-417).

Acusada por muitos constitucionalistas, cientistas políticos e pela esquerda em geral de ter sido feita sob medida para o General de Gaulle, de ser um texto de circunstância, aos poucos esta Constituição foi-se institucionalizando. Ela tem mais de 43 anos de existência, tendo passado por ela cinco presidentes da República, entre eles François Mitterrand, que fora contrário a sua adoção, mas que enquanto Presidente declarou se sentir à vontade nas roupagens criadas por essa Constituição.

Dois traços são bem marcantes na Constituição de 1958: a restauração da autoridade do Estado e o estabelecimento de limites ao poder dos partidos. A partir da revisão de 1962, o Presidente da República passou a ser eleito diretamente pelo povo, adquirindo a mesma legitimidade do Parlamento. O Presidente nomeia o primeiro-ministro, que, se for do mesmo partido, trabalha junto com o Presidente. Todavia, o Presidente não pode revogar a nomeação. A Constituição não é muito clara sobre a relação entre o Presidente da República e o primeiro-ministro. Segundo o art. 5º, o papel do Presidente é de “assegurar, pela sua arbitragem, o funcionamento regular dos poderes públicos, assim como a continuidade do Estado” (BURDEAU, 1993, p. 508). Dessa forma, é a prática que lhe foi dando contorno.

Criou-se uma primazia do Executivo sobre o Legislativo, devido à perda de poder dos partidos políticos. Estes perderam o monopólio sobre a iniciativa de lei; a lei deixou de ter soberania, pois passou a ser controlada pelo Conselho Constitucional, uma

instância distinta dos três Poderes (sistema político de controle de constitucionalidade); a pauta legislativa começou a obedecer às prioridades do governo; o Parlamento deixou de eleger o Presidente, e o primeiro-ministro não precisa ter a aprovação do Parlamento para assumir seus plenos poderes (cf. ARDANT, 1995, p. 418-424), embora necessite para governar e se manter no poder.

A Constituição de 1958 foi a primeira a constitucionalizar os partidos políticos. O art. 4º dispõe que “os partidos e os grupos políticos concorrem para a expressão do sufrágio. Eles se formam e exercem suas atividades livremente. Eles devem respeitar os princípios da soberania nacional e da democracia”. Assim, a partir da Constituição de 1958, assistimos a uma importante transformação do sistema de partidos, do bipartidarismo passa-se ao multipartidarismo estável.

Um fato marcante também na vida dessa Constituição foi a alternância de poder, no momento em que assume a presidência o socialista François Mitterrand, em 1981, e as sucessivas “coabitações” de um chefe de Estado socialista e chefes de governo de direita, entre março de 1986 e maio de 1988, e entre 1993 e 1995 (cf. ARDANT, 1995, p. 418-420). Mais recentemente, entre 1997 e 2002, tivemos uma situação oposta de “coabitação”, um chefe de Estado da direita, o Presidente da República Jacques Chirac, e um chefe de Governo socialista, o primeiro-ministro Lionel Jospin. Essa situação não foi nada tranqüila, sendo razão para constantes conflitos, pois as fronteiras das atribuições do chefe de Estado e do chefe de governo não estão bem demarcadas na Constituição, e muitas vezes as fronteiras são ultrapassadas de forma proposital, pois ambas as figuras entendem encarnar a vontade da nação e representam os dois grandes grupos políticos. Tal situação fica mais crítica com a proximidade de eleições, sejam elas locais, legislativas ou presidenciais. Anunciava-se de antemão que nas eleições presi-

denciais de 2002 tanto Chirac como Jospin iriam apresentar-se como candidatos naturais. As eleições em primeiro turno, em 21 de abril de 2002, colocaram fim à coabitação, com a retirada de Jospin da cena política, por não ter conseguido ir para o segundo turno das eleições presidenciais, deixando o segundo lugar para o candidato da extrema-direita, Jean-Marie Le Pen. Tendo ganhado as eleições no segundo turno, Chirac escolheu um primeiro-ministro de seu partido, mesmo não tendo maioria parlamentar, contando com a complacência do partido socialista. As eleições legislativas, em setembro de 2002, dirão sobre a nova maioria parlamentar. No entanto, a figura da coabitação tem sido apontada por muitas personalidades francesas como a causa do crescimento assustador da extrema-direita na França e a ida de seu candidato ao segundo turno das eleições presidenciais, devido ao desgaste das duas principais agremiações políticas lideradas pelo primeiro-ministro e Presidente da República (TOURRAINE, 2002).

O mandato do presidente da República é de 7 anos e não tem limite de reeleição; assim, Mitterrand permaneceu 14 anos no *Palais Élysée* (sede do chefe de Estado). Neste momento, existe uma proposta do Partido Socialista de redução do mandato para 5 anos, mas isso não tem encontrado muito eco nos partidos de direita. O mandato dos parlamentares é de 5 anos, mas pode ser abreviado em caso de dissolução, como a que houve em 1998. O grupo político do presidente Chirac tinha a maioria parlamentar e o primeiro-ministro era do mesmo partido (RPR) do presidente da República. Chirac decide antecipar em dois anos as eleições legislativas, dissolvendo a Assembléia Nacional, por entender que as eleições naquele momento lhe dariam novamente a maioria parlamentar, o que achava que não seria possível no futuro, em função de discussões sobre a União Européia, que poderiam trazer desgastes internos, prejudicando o seu grupo político. Mas, ao contrário das previ-

sões do Presidente Chirac, o seu grupo não obteve maioria, tendo que aceitar uma maioria parlamentar e um governo do grupo político oposto, liderado pelo partido socialista (PS). O modo de eleição dos deputados segue o princípio do escrutínio uninominal majoritário em dois turnos. Assim, é eleito um deputado por circunscrição, e, para ser eleito no primeiro turno, o candidato deve obter a maioria absoluta dos sufrágios exprimidos (em que não são contabilizados os votos em branco) e um número de sufrágios igual a $\frac{1}{4}$ do número de eleitores inscritos (cf. BURDEAU, 1993, p. 470). Para concorrer ao segundo turno, os candidatos devem ter obtido ao menos 12,5% dos votos válidos (cf. GREWE, 1995, p. 402-403).

No que se refere à maioria parlamentar, é considerada perfeita quando o presidente da República é eleito pela maioria dos votos, no primeiro ou no segundo turno, for eleita uma maioria parlamentar do mesmo partido do presidente da República, e o primeiro-ministro contar com maioria governamental. Havendo maioria perfeita, é o presidente da República que, na prática, governa e que detém o Poder do Estado. E a maioria é considerada imperfeita quando não coincidem essas maiorias, devendo coexistir presidente da República e primeiro-ministro de forças políticas opostas. A essa situação chama-se coabitação. Neste último caso, é reforçada a figura do primeiro-ministro, que se torna mais dependente do Parlamento.

Esse modelo foi adotado por Portugal, por meio da Constituição de 1976. O elemento relevante é a eleição do presidente da República pelo voto direto do povo. Ele é o chefe de Estado e convive com um chefe de Governo, o primeiro-ministro, sendo o Executivo dualista. O primeiro-ministro é politicamente responsável perante o Parlamento (Assembleia Nacional), que pode ser dissolvido pelo presidente da República. Nesse modelo, os poderes concedidos ao presidente da República são inferiores aos concedi-

dos ao presidente da República presidencialista, mas maiores que os concedidos ao presidente da República do modelo parlamentarista alemão. Mas esses poderes podem ser ainda acrescentados consideravelmente, quando o presidente da República for o líder do grupo político que tiver maioria no Parlamento, ou seja, tiver a chamada maioria perfeita. Nesse caso, o presidente da República assume também, de fato, a chefia de governo, pois o governo age segundo a sua vontade.

Conclusão

É difícil afirmar que um modelo é melhor que o outro, pois, apesar dos problemas apontados em cada um, as críticas não são tão fortes a ponto de colocarem em risco a base desses modelos, e demonstram ter-se adaptado a cada realidade. O modelo francês parece dar maior legitimidade para o chefe de Estado, pelo fato de ser eleito diretamente pelo povo. Por outro lado, a sua posição de garante das instituições, aparecendo acima dos partidos políticos, fica prejudicada pelo fato de precisar do apoio dos partidos políticos para viabilizar a sua eleição, sendo obrigado a apresentar um programa político para ser eleito. Ainda a dualidade no nível do Executivo desaparece no sistema francês quando existe a dita maioria perfeita, em que um mesmo grupo político domina no Parlamento, no governo e na chefia do Estado.

No modelo inglês, apesar de não ter a eleição do chefe de Estado, este necessita se legitimar constantemente, principalmente por meio das ações de suas personalidades. A existência de dois partidos fortes e disciplinados dá estabilidade ao sistema, sendo considerado o ponto fundamental.

No modelo alemão, o sistema centra-se no Governo e no Parlamento, pois o chefe de Estado tem um papel bastante decorativo, ficando numa posição bastante discreta, não tratando sequer das relações exteriores, função própria do chefe de Estado.

Procuramos, assim, distinguir esses três modelos em função da constituição e do papel do chefe de Estado, embora outras classificações possam ser feitas, por exemplo, em função do papel desempenhado pelos partidos políticos.

Bibliografia

ARDANT, Philippe. *Institutions politique & droit constitutionnel*. 7e éd. Paris: L.G.D.J., 1995. 578p.

BRAUD, Philippe. *Sociologie politique*. 3e éd. Paris: L.G.D.J., 1996. 577p.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. 23e éd. Paris: L.G.D.J., 1993. 736p.

GREWE, Constance; FABRI, Hélène Ruiz. *Droits constitutionnels européens*. Paris: PUF, 1995. 661p.

MÉNY, Yves. *Politique comparée: les démocraties: Allemagne, États-Unis, France, Grande-Bretagne, Italie*. 4e éd. Paris: Montchrestien, 1993. 490p.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 349p.

TOURAINÉ, Alain. Si nous voulons que renaisse la gauche. *Le Monde*, [S. l.], 24 abr. 2002. Analyse. Disponível em: <<http://www.lemonde.fr>>. Acesso em: 26 abr. 2002.

Violência doméstica contra crianças e adolescentes

Prevenção, repressão e proteção à vítima no âmbito brasileiro e latino-americano

Anderson Pereira de Andrade

Sumário

1. Introdução. 2. Violência doméstica contra crianças no Brasil. 2.1. Dimensões do problema da violência doméstica contra crianças. 2.2. Violência doméstica e a *Convenção de Belém do Pará* de 1994. 3. A problemática da responsabilização dos agressores e proteção à vítima no atual sistema brasileiro. 3.1. Ineficácia do modelo consensual. 3.2. Rumo à eficácia da intervenção judicial. 4. Breve exame da legislação latino-americana contra a violência doméstica. 4.1. Definição de violência doméstica. 4.2. Âmbito subjetivo. 4.3. Competência. 4.4. Medidas de proteção à vítima. 5. Conclusões.

1. Introdução

O presente trabalho pretende analisar o fenômeno da violência doméstica contra a criança e o adolescente, em algumas de suas dimensões e enfoques. As dimensões estão expostas no próprio título: referem-se à maneira de prevenir a ocorrência de violência contra a criança, à sua repressão, especialmente judicial, e às formas de proteção à pessoa que já se tornou vítima da violência doméstica. O enfoque será múltiplo, pois analisaremos a violência doméstica no contexto brasileiro, em seus vieses normativo e fático, porém cotejando-os com a experiência jurídica e empírica acumulada pelos países de nosso entorno latino-americano. O acesso a tal experiência foi possível graças à frequência ao curso *Violência doméstica: maus-tratos familiares: delitos contra a liberdade sexual*

Anderson Pereira de Andrade é Promotor de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude no Distrito Federal.

na família: especial referência à criança e ao adolescente como vítimas de maus-tratos familiares: situação no direito comparado ibero-americano, que se realizou em Madri, Espanha, entre os dias 16 e 18 de outubro de 2002.

O Curso foi organizado pelo Centro de Estudos Jurídicos da Administração da Justiça Espanhola, a partir de iniciativa da RECAMPI – Rede de Capacitação do Ministério Público Ibero-americano. O primeiro é uma escola ligada ao Ministério da Justiça espanhol, destinada à formação inicial e continuada dos membros do Ministério Público espanhol e que desde algum tempo vem abrindo suas portas à formação de Promotores de Justiça de outros países, especialmente latino-americanos. A segunda foi fundada em novembro de 2001, está composta por cerca de vinte Ministérios Públicos ibero-americanos e tem como um de seus objetivos principais constituir-se em uma «comunidad de enlace para la cooperación, concertación y apoyo recíprocos entre los centros públicos y los responsables de la capacitación del Ministerio Público en Iberoamérica, que contribuye al intercambio de información sobre programas, metodologías y sistemas de capacitación, facilita la coordinación de actividades que interesan a sus miembros y planifica actividades conjuntas» (CARTA fundacional de la RECAMPI: red de capacitación del Ministerio Público Iberoamericano, 2002, p. 137 et. seq.).

Foram convidados a participar do conclave Promotores de Justiça com atuação nas áreas de infância e juventude e família, representando cerca de vinte países latino-americanos e vinte Promotores de Justiça espanhóis das mesmas áreas. Estiveram representados Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Cuba, El Salvador, Espanha, Equador, Honduras, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Porto Rico e Venezuela. Foram programadas seis conferências e seis mesas-redondas. Nestas últimas participou um representante de cada país. Cada expositor havia enviado previamente o texto de sua intervenção no seminário, de maneira

que ao início dos trabalhos todos dispunham de todos os textos produzidos, inclusive as conferências. Os temas versaram sobre o título do curso, explorando e aprofundando aspectos da violência familiar contra crianças, tema que em muitos momentos toca e se mescla com o da violência contra as mulheres¹.

Seria tarefa inatendível resenhar aqui as quase quinhentas páginas de textos produzidos e as mais de vinte horas de exposições e debates. O que se pretende primordialmente é dar uma visão geral do estado da questão nos países do contexto geográfico e cultural em que estamos inseridos. Ademais disso, é nosso objetivo específico analisar as conclusões do encontro e verificar sua aplicabilidade ao estado normativo e fático do problema no Brasil, argumentar a favor dessa aplicabilidade, se o caso, e propor soluções que aperfeiçoem nossa legislação e nossa prática. Essa postura metodológica só é possível a partir do reconhecimento do valor do Direito Comparado para o aprimoramento de qualquer ordenamento jurídico, inclusive o brasileiro.

2. *Violência doméstica contra crianças no Brasil*

A violência no Brasil, doméstica ou não, surgiu há muito tempo em nossa história e pode-se afirmar que possui um caráter estrutural: não é localizada, nem esporádica ou passageira. Nasceu com a colonização do território, cresceu com o regime escravocrata e encontra-se arraigada na sociedade até os dias de hoje. Efetivamente, nosso país tem atingido níveis de violência inusitados, levando alguns analistas a caracterizarem tal estado de coisas como verdadeira *epidemia* (A EPIDEMIA da violência, 1996), e outros, como *guerra civil não declarada*. Porém, a violência não é somente essa que agride a integridade física e o patrimônio das pessoas, que é veiculada com ênfase pelos meios de comunicação, e que nos atinge de maneira tão dura, diretamente, a um familiar ou a um conhecido. Vítimas de violência também

somos os brasileiros desde sempre ao nos serem negados, na condição de cidadãos, direitos básicos, fundamentais, como são os direitos ao trabalho digno, à saúde, à educação, à moradia, a um transporte público barato, ao lazer, entre outros econômicos, sociais e culturais.

Essa violência real é ocultada por vários dispositivos – de acordo com Marilena CHAUI (1998, p. 36-37) –, como o *jurídico*, que dirige seu foco apenas à criminalização e repressão especialmente dos ataques à propriedade privada; o *dispositivo de exclusão*, que considera a violência atividade de determinados grupos sociais (os atrasados, arcaicos etc.) e distingue entre um “nós brasileiros não violentos” e um “eles violentos”; o *dispositivo sociológico* que afirma que, na essência, a sociedade brasileira não é violenta, como dito acima, e que essa seria passageira ou acidental, atribuída a um momento definido; e finalmente, o *dispositivo de inversão do real*, que permite dissimular comportamentos, idéias e valores (p. ex., o machismo, visto como proteção natural à natural fragilidade da mulher). Conclui a professora paulista: «Dessa maneira, as desigualdades econômicas, sociais e culturais, as exclusões econômicas, políticas e sociais, o autoritarismo que regula todas as relações sociais, a corrupção como forma de funcionamento das instituições, o racismo, o sexismo, as intolerâncias religiosa, sexual e política não são consideradas formas de violência, isto é, a sociedade brasileira não é percebida como estruturalmente violenta e por isso a violência aparece como um fato esporádico de superfície». Em resumo, a conexão entre violência na família e violência social, estrutural e política é algo incontestável. Se isso é verdade, poder-se-ia agora questionar o que se entende como violência doméstica contra crianças.

2.1. Dimensões do problema da violência doméstica contra crianças

Partimos da classificação amplamente aceita que divide a violência doméstica con-

tra crianças e adolescentes em quatro tipos principais: violência física, violência sexual, violência psíquica e negligência². Com relação à violência física contra crianças, as estatísticas oficiais são inexistentes ou incompletas. Sabe-se que se incrementa dia-a-dia o número de crianças – feridas ou mortas em seus próprios lares – que chegam aos hospitais brasileiros³. Porém, ainda é relativamente pequeno o número de notificações feitas pelos profissionais de saúde que são obrigados, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, art. 13), a notificar os casos que lhes chegam às mãos. As cifras acerca do problema são desconhecidas e há pouquíssimas pesquisas empíricas feitas, em geral restringidas a cidades ou regiões específicas, e os dados oficiais não estão consolidados em nível nacional. Não obstante, há alguns indicadores da dimensão do problema. Por exemplo, segundo o relatório *Situação Mundial da Infância 2000* do UNICEF, cerca de 18 mil crianças, sobretudo entre os sete e catorze anos, sofrem maus-tratos físicos todos os meses no Brasil.

Com relação à negligência, à falta de condições materiais dos pais ou responsáveis de fazer frente às necessidades próprias e às de seus filhos, ou à falta de cuidado motivada por outras razões, algumas estatísticas a apontam como a modalidade mais importante de violência doméstica contra as crianças. É o caso do trabalho formulado pelo LACRI – *Laboratório da Criança*, do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. A partir da constatação da ausência de estatísticas confiáveis no Brasil acerca do problema, as professoras responsáveis pelo laboratório – no âmbito do telecurso de especialização que oferecem a profissionais que atuam na prevenção à violência doméstica – passaram a pedir a seus alunos de todo o país que enviassem dados sobre violência doméstica contra criança de suas regiões. Os dados, coletados ano a ano desde 1996, mostram os seguintes números: violência física: 18.194; violência sexual: 4.336;

violência psicológica: 8.437; negligência: 22.606⁴.

Mesmo considerando que a violência física e a negligência são as formas de lagelo contra crianças e adolescentes mais representativas, que figuram sempre no topo das estatísticas, não se pode menosprezar a sinistralidade provocada pela violência psicológica e principalmente a violência sexual. A primeira entranha grandes dificuldades para sua identificação pela ausência de materialidade do ato que atinge à vítima, sobretudo no campo emocional e espiritual, e a ausência de evidências imediatas de maus-tratos. Sabe-se que, principalmente com relação à violência psicológica, não há dados estatísticos. No que se refere à violência sexual, os dados também são pobres, porém mais representativos, diante da magnitude do problema. De acordo com o Ministério da Justiça, o Brasil registra por ano cerca de 50 mil casos de violência sexual contra crianças e adolescentes. A estimativa dos pesquisadores é de que os números oficiais representem somente 10% do total de casos (BRASIL, 2001, p. 33). Não há dúvida de que o problema é seriíssimo e qualquer pesquisa feita sobre violência sexual contra crianças no Brasil indica que são mais que preocupantes as cifras do problema⁵.

Outro aspecto nefasto da violência sexual contra crianças e adolescentes é a exploração sexual comercial, especialmente de meninas, sua utilização na prostituição e envio para fora do país. Um amálgama de fatores como pobreza extrema, ausência de padrões educativos e culturais, residência em zonas de baixo nível sócio-econômico, entre outros, fez com que o Brasil passasse a *exportar* meninas para os países vizinhos e a Europa⁶. As quadrilhas de traficantes estão cada vez mais organizadas, espalhando por nossas cidades, especialmente de fronteira, o flagelo, a miséria e a indignidade que provocam o comércio de seres humanos. Diante dessa situação, infelizmente a Justiça Criminal não vem dando a resposta

adequada, que seria a necessária e urgente persecução aos delitos sexuais, especialmente os cometidos contra meninas, como converge em dizer a doutrina⁷.

2.2. *Violência doméstica e a Convenção de Belém do Pará de 1994*

A violência doméstica contra crianças e adolescentes é uma chaga que está evidentemente ligada ao problema, não menos grave, da violência doméstica contra a mulher. Durante o curso realizado na Espanha, essa imbricação ficou evidente, na medida em que todos os participantes e expositores em algum momento de suas intervenções sobre violência contra a criança trataram também da violência doméstica contra a mulher. O Brasil tem uma dívida importante nesse campo, pois em nosso país foi discutido e firmado o Tratado de Direito Internacional que ficou conhecido como *Convenção de Belém do Pará: a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher*⁸. A dívida consiste na aprovação de uma legislação que combata de forma efetiva e previna a violência doméstica contra a mulher. Com efeito, dos dezesseis países representados no Curso, catorze dispõem de legislação contra a violência doméstica⁹, englobando a violência contra a criança, a violência de gênero e a violência contra o idoso. Todas essas leis foram aprovadas depois da ratificação pelos diversos países da *Convenção de Belém do Pará*.

O artigo 7º desse Tratado de Direito Interamericano estabelece os *Deveres dos Estados* nos seguintes termos:

“Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar dita violência e empenhar-se em:

a. Abster-se de qualquer ação ou prática de violência contra mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários, pessoal e agentes e ins-

tuições públicas se comportem conforme esta obrigação;

b. Atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c. Incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso;

d. Adotar medidas jurídicas que exijam do agressor abster-se de fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar ou pôr em perigo a vida da mulher de qualquer forma que atente contra sua integridade ou prejudique sua propriedade;

e. Tomar todas as medidas apropriadas, incluindo medidas de tipo legislativo, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes, ou para modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência ou a tolerância da violência contra a mulher;

f. Estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida a violência, que incluam, entre outros, medidas de proteção, um julgamento oportuno e o acesso efetivo a tais procedimentos;

g. Estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher objeto de violência tenha acesso efetivo a ressarcimento, reparação do dano ou outros meios de compensação justos e eficazes; e

h. Adotar as disposições legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para efetivar esta Convenção”.

Passados mais de oito anos da aprovação da *Convenção de Belém do Pará*, pode-se dizer com pesar que quase nada foi feito no

Brasil para colocá-la em prática. Isso é mais grave quando se sabe que aqui os índices de violência contra a mulher são altíssimos. Pesquisa feita pela Fundação Perseu Abramo divulgada no ano 2002 mostra que 43% das mulheres brasileiras já foram vítimas de violência psicológica, física ou sexual por parte de algum homem¹⁰. Apesar de haver-se comprometido (artigo 10 da Convenção) a enviar relatórios com informações sobre as medidas adotadas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher, para assistir a mulher afetada pela violência, assim como sobre as dificuldades observadas na aplicação das mesmas e dos fatores que contribuem à violência contra mulher, o Brasil nada fez.

A única medida de cunho legislativo digna de menção em todo esse tempo foi a aprovação da Lei nº 10.455, de 14.05.2002, pelo Congresso Nacional, que acrescentou um período ao parágrafo único do artigo 69, da Lei nº 9.099/95, dos Juizados Especiais Criminais. Afirmava o dispositivo comentado: *Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança*. A lei recentemente aprovada acrescentou: *Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima*. A introdução dessa medida provisional foi ditada pela ingente necessidade de proteger-se as vítimas de maus-tratos e agressões físicas, crianças, adolescentes e especialmente mulheres que se vêm na contingência de tomar o difícil passo de denunciar a agressão, ir à Justiça e voltar para casa junto ao seu agressor. Não obstante o acerto da medida aprovada, entendemos ser necessário ir além dessa providência pontual e dar à questão da violência doméstica o tratamento orgânico e completo que a gravidade da questão exige. A assinatura e ratificação da *Convenção de Belém do Pará* estão a exigir isso da sociedade, do Parlamento e do Governo brasileiros.

3. A problemática da responsabilização dos agressores e proteção à vítima no atual sistema brasileiro

Já foi dito que o Brasil não possui uma lei específica que trate da violência doméstica, que não está circunscrita à ameaça ou violência física contra crianças e adolescentes e idosos e à violência de gênero, pois engloba um contexto mais amplo de violações aos direitos fundamentais de suas vítimas. Muitas ações agressivas que têm lugar no espaço doméstico constituem violência e não são tipificadas pela lei penal, nem têm tratamento em outra legislação. Como referido na pesquisa da Fundação Perseu Abramo, atos como destratar continuamente a pessoa, destruir seus objetos pessoais, privá-la de suas necessidades básicas, submetê-la a pressão psicológica também são violentos e devem receber a atenção do Estado para sua repressão. Hoje em dia somente aquela violência eminentemente física – tipificada como lesão corporal (artigo 129 do CP), maus-tratos (artigo 136 do CP) e a ameaça (artigo 147 do CP), ou um dos delitos dos artigos 232 e 233 do ECA, estes últimos de raríssimas denúncias – e os crimes sexuais recebem a atenção das instâncias administrativas e judiciais do Estado¹¹.

As delegacias de proteção à mulher, implantadas a partir de meados da década de 80, consolidaram-se como uma instância pública valiosa à qual podem as mulheres recorrer em caso de violência. Porém, encontram limitações de toda natureza¹². Alguns autores apontam o fato de que – antes da aprovação da Lei nº 9.099/95, dos Juizados Especiais Criminais – as delegacias “repressavam” de alguma maneira os casos de violência doméstica, que findavam por não chegar à Justiça. Cumpririam assim as delegacias sem autorização legal, antes da entrada em cena da Lei dos Juizados Especiais Criminais, o papel de mediação dos conflitos domésticos. A Lei de 1995 teria então somente consolidado uma prática ampla-

mente arraigada: a conciliação, que se formalizou e passou ao âmbito judicial¹³. Hoje essa conciliação é feita pelos Juizados Especiais Criminais e o que se observa é a disseminação da percepção da “banalização” da intervenção judicial, arraigando-se na população o mito: «juizado especial = cesta básica = impunidade».

3.1. Ineficácia do modelo consensual

A partir da Lei 9.099/95, com as modificações trazidas pela Lei n.º 10.259/01¹⁴, as agressões físicas contra crianças, adolescentes, mulheres e idosos são objeto da intervenção da *justiça consensual*, no dizer de seus encomiastas, que propalam o discurso da revalorização do papel da vítima. Porém, o que se verifica no dia-a-dia do Fórum, e também nas poucas pesquisas realizadas, é que a vítima desses delitos encontra-se desprotegida, desamparada e desencantada com a intervenção judicial. O problema se divide em duas grandes vertentes. Por um lado, há pouco investimento em proteção social, em instrumentos estatais de amparo, como, por exemplo, casas de acolhida para as vítimas, ajudas financeiras¹⁵ e apoio psicossocial permanente para auxiliá-las a superar sua situação, que, na maioria das vezes, é de absoluto desamparo. Por outro, a legislação, ao enquadrar a violência doméstica como crime de “menor potencial ofensivo”, deu-lhe um tratamento banalizador e deixou desprotegida a vítima mais uma vez. Não que a inserção de mecanismos de composição do conflito seja em si mesma criticável¹⁶; o problema consiste na ausência de proteção efetiva à vítima cujo agressor, ainda que cumpra a pena alternativa pactuada, não deixa de reincidir.

A doutrina critica também o “tratamento linear” dado pela Lei 9.099/95 aos delitos de menor potencial ofensivo. O legislador considerou apenas o montante da pena aplicada, e não o bem jurídico protegido pela norma penal. Segundo esse entendimento doutrinário, as infrações penais de competência dos Juizados Criminais Especiais deveriam ser as de bagatela, como os crimes

patrimoniais inexpressivos, e não aqueles em que prepondera a violência, cuja repercussão social é intensa (cf. HERMAN, 2000). São incomensuráveis as seqüelas físicas e psicológicas, principalmente, produzidas na vítima de violência doméstica, comprovadas por estudos empíricos. Se não se pode afirmar com segurança que uma criança maltratada será o maltratador de amanhã, tampouco se pode negar que muitos dos maltratadores de hoje reproduzem um flagelo sofrido no passado. Portanto, proteção concreta e imediata à vítima deve ser a tônica da intervenção judicial contra a violência doméstica. Infelizmente, na atual realidade brasileira, o que se vê é a quase completa ausência de medidas de proteção às vítimas, garantias processuais e inclusive policiais de que a agressão não mais voltará a produzir-se¹⁷.

3.2. Rumo à eficácia da intervenção judicial

Estamos convencidos da necessidade da aprovação no Brasil de uma Lei de prevenção e combate à violência doméstica. Sem embargo, mesmo antes da aprovação dessa Lei, o sistema judicial não pode quedar-se inerte e deve tomar todas as medidas ao seu alcance para intervir de maneira eficaz no combate à violência intrafamiliar. A primeira providência que pode ser tomada imediatamente é a especialização dos operadores jurídicos e dos órgãos públicos, judiciais e ministeriais, que tratam o problema. Não há necessidade de gastar-se tinta e papel para se justificar a necessidade de especialização desses órgãos, pois a experiência nos mostra o sucesso de quase todas as iniciativas de alocação concentrada de recursos humanos, físicos e materiais dirigidos a um objetivo específico. Aqui abre-se espaço para a transcrição da Conclusão número 1 do Curso, por sua importância: «1. É imprescindível que os Promotores de Justiça encarregados dos casos de violência doméstica e maus-tratos a crianças e adolescentes se especializem por intermédio de processos de formação inicial e continuada».

Além dessa especialização dos operadores e da criação de Varas e Promotorias exclusivas, é necessário implantar serviços psicossociais adstritos a elas, para a atenção primária às vítimas e agressores e, especialmente, com relação às vítimas, para orientá-las e apoiá-las em sua difícil decisão de denunciar a violência, quando se sabe do altíssimo número de retratações das vítimas em casos de violência doméstica. Justifica-se o auxílio especializado para que as pessoas agredidas matem as denúncias originalmente feitas e resistam às pressões dissuasivas do agressor. O fato de as mulheres muitas vezes buscarem o apoio da Justiça como última alternativa para a solução de conflitos conjugais¹⁸, não justifica se permita que continuem sendo submetidas à violência. O espaço familiar, eminentemente privado, deixa de sê-lo se a violência se instala e vitimiza seus membros, pois estão em jogo direitos fundamentais das pessoas, que cabe ao Estado proteger com prioridade. Como dito, é fundamental o apoio psicológico, moral e financeiro para que aquela pessoa extremamente fragilizada pelas agressões encontre forças para levar adiante sua decisão inicial de denunciar.

4. Breve exame da legislação latino-americana contra a violência doméstica

Como afirmado acima, o Brasil integra o grupo minoritário de países latino-americanos que não dispõem de uma lei de combate à violência doméstica. Aqui, a vítima de um ato abusivo no seio familiar não conta com ferramentas legais para sua proteção, a não ser que o ato de violência doméstica seja também constitutivo de crime. A esmagadora maioria dos países do nosso entorno físico e cultural já trilhou caminho distinto, ao oferecer às vítimas de violência doméstica um sistema especial de proteção. Possuem lei específica de proteção contra a violência familiar os seguintes países: Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador,

El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Porto Rico, Uruguai e Venezuela.

Todos esses países optaram por aprovar leis que incluem medidas cíveis ou criminais dirigidas especialmente à proteção da vítima e ao binômio responsabilização e recuperação do agressor. É importante observar que em geral o bem jurídico tutelado pelas leis de violência doméstica é diferente daquele tutelado pela lei penal. Nas primeiras, o que se busca proteger é a própria família, célula básica da sociedade, a harmonia e a unidade familiar (cf. DUEÑAS, 2002, p. 10), a dignidade humana, o livre desenvolvimento da personalidade, a formação e a proteção da infância e da juventude, como já afirmou o Tribunal Supremo Espanhol (ESTRADA, 2002, p. 4). Por sua vez, as leis penais em todos os países, inclusive no Brasil, buscam tutelar outros bens essenciais como a vida, a integridade física, a liberdade sexual (os “costumes” em nosso CP) etc. Seria então a *menor lesividade* o que distinguiria um ato de violência intra-familiar de um ato criminoso, punível na esfera penal. Um outro aspecto distintivo entre o ato de violência intrafamiliar e o crime seria a *habitualidade* do primeiro, observada empiricamente com frequência e punida em muitas legislações. Pequenos agravos, que tomados particularmente não são tipificados como crimes, se considerados de forma diacrônica podem ensejar a configuração de uma infração de violência doméstica. Coerente com esse entendimento, a maior parte das leis latino-americanas atribuiu à jurisdição cível a competência para conhecer dos casos de violência doméstica que não configuram crime, como veremos adiante.

De acordo com o exposto, a primeira característica a definir o modelo latino-americano de tratamento da violência doméstica seria a inclinação das sociedades da zona pela aprovação de uma lei especial sobre a matéria. Observa-se também a influência marcante da *Convenção de Belém do Pará* nessas leis, na medida em que são incluídas

nos textos declarações programáticas contidas na Convenção sobre os deveres que incumbem ao correspondente Estado e os projetos que devem desenvolver, de acordo com o art. 7º anteriormente citado. Ademais de optar por leis especiais para o combate e a prevenção da violência doméstica e nelas incluir declarações programáticas, as legislações latino-americanas possuem alguns outros traços identificadores comuns – presentes em praticamente todas elas –, cuja exposição dos mais significativos consideramos valiosa para nosso estudo¹⁹. No plano substantivo, os dois elementos que reputamos mais importantes, caracterizadores das legislações, seriam, por um lado, a própria definição da violência doméstica, e, por outro, a enumeração daquelas pessoas protegidas ou amparadas pelas leis. No âmbito processual, os dois principais pontos de convergência das legislações são a competência para conhecer dos casos de violência e, especialmente, o leque de medidas de proteção à disposição da vítima de violência doméstica. Vejamos cada uma dessas quatro características principais.

4.1. Definição de violência doméstica

Não resta dúvida que as definições legais são importantes instrumentos que auxiliam sobremaneira o aplicador do Direito em sua tarefa, sem embargo dos problemas pontuais que a redução de uma realidade, muitas vezes ampla e diversificada a um conceito legal, pode trazer. Não obstante, qualquer dificuldade eventualmente carregada pela utilização de uma determinada definição se vê suplantada pela força da mensagem oferecida pelo legislador ao definir o que é violência doméstica e assim tomar a decisão política de combatê-la. Segundo ESTRADA (2001, p. 133), duas correntes principais podem ser observadas no desenho das legislações latino-americanas quanto aos comportamentos constitutivos de violência doméstica. Uma é a daqueles países que contemplam definições essencialmente baseadas nas manifestações físicas e psico-

lógicas da violência (Argentina e Chile) e também sexual (Bolívia, Equador e Paraguai) e outras que incorporam ademais a violência patrimonial (Costa Rica, Guatemala, Honduras e, recentemente, Uruguai).

Este último país aprovou, em 9 de julho de 2002, a Lei nº 17.514 de Violência Doméstica, que declara de interesse geral as atividades orientadas a sua prevenção, detecção precoce, atenção e erradicação. Essa Lei, como revelou a representante desse país vizinho no Curso, tomou como referências a *Convenção de Belém do Pará*, todas as leis latino-americanas precedentes e a reforma do ordenamento jurídico espanhol (CARBALLO, 2002, p. 32). Por ser a lei mais moderna e deveras representativa do modelo latino-americano, transcreveremos as definições nela plasmadas, enfatizando como particularmente interessantes a inclusão da violência patrimonial e psicológica como modalidades de violência doméstica.

Assim define a lei uruguaia a violência doméstica:

“Art. 2º Constitui violência doméstica toda ação ou omissão, direta ou indireta, que por qualquer meio menoscabe, limitando ilegitimamente o livre exercício e o gozo dos direitos humanos de uma pessoa, causada por outra com a qual tenha ou haja tido uma relação de namoro ou com a qual tenha ou haja tido uma relação afetiva baseada na coabitação e originada por parentesco, por matrimônio ou por união de fato”.

Repare-se na amplitude da definição que, de maneira inovadora, abarca não só aquelas uniões chamadas “de fato”, como também as relações de namoro. A intenção do legislador evidentemente é abranger e amparar todas as relações afetivas em que se aprecie uma mínima estabilidade e em cujo seio possa engendrar-se a violência, que assim estaria caracterizada como intrafamiliar.

Fundamentais na maior parte das legislações são também as definições de cada um

dos tipos de violência. Sigamos utilizando os exemplos dados pela recente lei uruguaia de combate à violência doméstica, que em seu artigo 3º define as quatro manifestações (CARBALLO, 2002, p. 35).

“*Violência física*. Toda ação ou omissão ou padrão de conduta que ofenda a integridade corporal de uma pessoa. *Violência psicológica ou emocional*. Toda ação ou omissão dirigida a perturbar, degradar ou controlar a conduta, o comportamento, as crenças ou as decisões de uma pessoa, mediante a humilhação, o isolamento ou qualquer outro meio que afete a estabilidade psicológica ou emocional. *Violência sexual*. Toda ação que imponha ou induza comportamentos sexuais a uma pessoa mediante o uso de: força, intimidação, ameaça ou qualquer outro meio que anule ou limite a liberdade sexual. *Violência patrimonial*. Toda ação ou omissão que com ilegitimidade manifesta implique em dano, perdimento, transformação, subtração, destruição, ocultamento ou retenção de bens, instrumentos de trabalho, documentos ou recursos econômicos, destinada a coacionar a autodeterminação de outra pessoa”.

Da simples leitura das definições, infere-se o universo de ações e omissões passíveis de serem cometidas no âmbito familiar e que não estão tuteladas pela Lei Penal. A preocupação das leis contra violência familiar é justamente oferecer proteção às vítimas antes que seja necessária a intervenção da via penal, sempre mais onerosa, problemática e geradora de efeitos colaterais.

4.2. Âmbito subjetivo

Como visto acima, a lei uruguaia optou por delimitar amplamente os sujeitos ativos e passivos que configuram o grupo doméstico passível de cometer ou sofrer a violência doméstica. Definiu-os como aqueles que têm ou tiveram uma relação afetiva, inclusive de namoro, ou originada por parentesco,

matrimônio ou coabitação. Outras legislações, como a costa-ricense, preferiram concretizar com mais minúcia o domínio subjetivo da violência doméstica circunscrevendo-o notadamente à relação de parentesco. Veja-se a definição de violência doméstica da Lei da Costa Rica, uma das pioneiras de toda a América Latina, aprovada de forma quase simultânea à ratificação por esse país da *Convenção de Belém do Pará*, em março de 1996 (ESTRADA, 2001, p. 134):

“Ação ou omissão, direta ou indireta, exercida contra um parente por consangüinidade, afinidade ou adoção até o terceiro grau inclusive, por via ascendente, descendente ou colateral, originada por vínculo jurídico, biológico ou de fato ou por uma relação de guarda, tutela ou curatela, e que produza como conseqüência o menoscabo de sua integridade física, sexual, psicológica ou patrimonial”.

A definição é extensa e completa e abarca sem dúvida a maior parte das relações domésticas que possam existir em sociedade²⁰. Uma precisão feita por todas as legislações e que encerra suma importância é que, mesmo quando finalizada a relação, o vínculo familiar permanecerá, para efeitos de aplicação das leis.

4.3. Competência

Como advertimos ao princípio deste tópico, uma das características mais marcantes das leis latino-americanas de combate à violência familiar é o fato de atribuírem à jurisdição cível a competência para conhecer de atos e, principalmente, impor medidas cautelares que, em regra, seriam da competência dos juízos criminais. A competência de acordo com essas leis é definida pela natureza do ato de violência doméstica que, conforme o grau de dano e o bem agredido, pode constituir-se ou não em um ilícito penal. No primeiro caso, a competência é das Varas Criminais e no segundo entram em cena, na maioria das vezes, juízes cíveis e de família, competentes para conhecer dos

casos e tomar as medidas de proteção à vítima²¹. A intervenção penal, porém, não é descartada e inclusive algumas leis prevêm tipos penais específicos ou mesmo “saídas” para a criminalização das condutas, se caracterizado algum crime²². O fato de ser a competência entregue aos juízes de família não significa que, nos casos em que se constate a ocorrência de delito, não possam também os juízes penais agir, especialmente no sentido de proteger as vítimas. Se as agressões constituem-se em ilícitos penais, estará também legitimado o juiz criminal para impor as medidas cautelares de proteção à vítima, como expressamente dispõem as leis dos diversos países. Veja-se o artigo 21 da lei uruguaia:

“Se necessária a intervenção de um juízo com competência penal ou um juízo da infância e da juventude em uma situação de violência doméstica, qualquer que seja a decisão que se adote, deverá remeter, dentro das 48 horas seguintes de haver tomado conhecimento da situação, cópias de todos os documentos e da decisão adotada, ao juiz com competência em matéria de violência doméstica”.

Essa centralização das informações em matéria de violência doméstica é importantíssima, seja ela no juízo de família, em um juízo especializado no conhecimento de causas de violência intrafamiliar, seja em qualquer outro órgão, como um serviço psicossocial forense, por exemplo. A importância reside especialmente na estruturação de um registro de dados sobre violência doméstica que permita conhecer os casos, sua habitualidade, a identidade dos agressores e com isso propiciar uma repressão à violência e proteção à vítima mais eficazes²³. Apesar de serem em sua maioria juízes de família que conhecem dos processos de violência doméstica, diversas leis lhes outorgam faculdades sancionatórias e inclusive alguma possibilidade de decretar a prisão cautelar do agressor, quando se fizer necessária. Sem embargo, como fica evidente da

análise das legislações latino-americanas, a principal atribuição dos operadores, sejam juízes, sejam promotores quem a tenha, é a possibilidade de imposição de medidas cautelares para proteção e resguardo das vítimas.

4.4. Medidas de proteção à vítima

Aqui encontra-se o cerne das leis de combate à violência doméstica. O capítulo central de todas as leis aprovadas nos países do Continente sobre o tema é aquele que trata das medidas cautelares à disposição das vítimas para garantia da interrupção imediata da violência. Segundo essa ótica, essa deve ser a maior preocupação de todos os que lidam com o problema, sejam juristas, psicólogos, assistentes sociais, sejam outros profissionais. A denúncia formulada pela mulher, criança ou idoso de que sofrem atos de violência em seu lar é em geral uma decisão difícil, demorada e dolorosa. É responsabilidade absoluta do Poder Público viabilizar uma intervenção rápida, segura e efetiva que afaste o agressor da vítima.

Como dito, as leis latino-americanas voltam-se precipuamente para a proteção da vítima de violência. Os catálogos de medidas postas à disposição dos órgãos encarregados do combate à violência são amplos, detalhados e prevêm diversas providências²⁴. Pode-se observar de maneira geral a previsão de determinadas medidas em praticamente todas as leis. As principais seriam as seguintes: a) ordem de retirada do agressor da residência comum; b) ordem de interdição ao agressor de transitar nos lugares freqüentados pela vítima; c) ordens escritas destinadas à polícia para que intervenha imediatamente, se requerida pela agredida ou seus parentes; d) arrolamento dos bens da residência e entrega dos bens pessoais do agressor; e) disposições sobre alimentos, guarda e visita aos filhos do casal, se o caso. Esse seria um resumo das medidas cautelares que reputamos mais significativas. Porém, há que se ter em vista que

o catálogo pode ser bem mais amplo. Para ter-se uma idéia, a Lei costaricense, pioneira do Continente como dito, arrola nada menos que dezoito medidas de proteção que podem ser tomadas pelo juiz de família. A lei uruguaia, mais moderna, arrola oito medidas cautelares que podem ser tomadas pelo juiz, de ofício, ou a pedido da parte ou do Ministério Público. Por sua técnica apurada, cremos justificada sua transcrição:

«Art.10. Poder-se-ão adotar as seguintes medidas, ou outras análogas, para o cumprimento da finalidade cautelar:

1) Determinar a retirada do agressor da residência comum, e a entrega imediata de seus bens pessoais, na presença do Oficial de Justiça. Também se lavrará o inventário judicial dos bens móveis que se retirem e dos que permaneçam no lugar, de tudo extraíndo-se certidão a pedido das partes.

2) Determinar o retorno à residência da vítima que houver saído da mesma por razões de segurança pessoal, na presença do Oficial de Justiça.

3) Proibir, restringir ou limitar a presença do agressor no domicílio ou residência, lugares de trabalho, estudo e outros freqüentados pela vítima.

4) Proibir ao agressor comunicar-se, relacionar-se, encontrar-se ou desenvolver qualquer conduta similar com relação à vítima, demais pessoas afetadas, testemunhas e denunciantes dos fatos.

5) Apreender as armas que o agressor tiver em seu poder, que permanecerão sob a custódia do Juízo, na forma em que este estime pertinente. Proibir ao agressor o uso e a posse de armas de fogo, oficiando-se à autoridade competente para as providências necessárias.

6) Fixar uma pensão alimentícia a favor da vítima.

7) Determinar a frequência obrigatória do agressor a programas psicossociais de reabilitação.

8) Igualmente, se o caso, revolver provisionalmente todas as questões relativas a pensões alimentícias, guarda e posse e visitas».

A única medida do catálogo genérico que enumeramos acima e que não figura na lei uruguaia é aquela que faculta ao juiz expedir um documento cuja posse outorga à vítima o direito de requisitar imediatamente a força policial em defesa própria ou de familiares seus. Essa medida consta de diversas legislações, como a costa-ricense, a equatoriana e outras, e consiste em uma ordem dirigida ou a autoridade policial do bairro da vítima ou a qualquer agente policial que esteja próximo, no caso de ameaça ou agressão em lugar distante do domicílio da vítima. Nesse sentido, afirma a Conclusão número 13 do Curso:

«A efetividade da medida cautelar de afastamento dependerá em grande parte do estabelecimento de medidas complementares tais como proteção policial direta ou outorga de mecanismo de fácil ou permanente acesso da vítima ou familiares a agentes policiais que acudam a sua chamada, ante eventuais violações da restrição imposta. O problema da efetividade protetiva imediata das medidas cautelares adotadas jurisdicionalmente depende em grande parte de que a polícia disponha de recursos humanos e materiais suficientes».

As medidas legais desenhadas se destinam, como resta evidente, a fazer com que a vítima confie no sistema de justiça e sintase segura para denunciar, e principalmente depois de oferecer a denúncia. Essa segurança oferecida à vítima só virá a partir de um trabalho coordenado, não só nos âmbitos policial, ministerial e judicial, mas também na formação de uma verdadeira rede de proteção, junto aos serviços psicossociais e assistenciais do Estado e às ONGs.

Como aponta a Conclusão número 17 do Curso, é necessário ter-se em conta que a obrigatoriedade legal da persecução do agressor, nos casos de violência doméstica, pode ser inoportuna se não se asseguram à vítima mecanismos efetivos de proteção, durante a investigação da causa e após a execução da pena imposta. Esses mecanismos dizem respeito ao investimento do Poder Público nessa rede de proteção, que inclui basicamente medidas assistenciais, psicológicas e materiais de variado matiz. Tudo isso depende de vontade política dos governantes, que somente virá a partir de demandas da sociedade que apontem a gravidade do problema da violência doméstica e a necessidade de sua resolução.

5. Conclusões

1. A violência doméstica contra a criança e o adolescente é um sério problema em nosso país, igualmente observável em todas as sociedades, e que merece a atenção prioritária do Poder Público para seu combate, por intermédio da proteção à vítima, responsabilização do agressor e sua recuperação. Esse problema está estreitamente ligado à questão da violência contra as mulheres, também muito presente em nossa sociedade, e ambos, por sua similaridade, exigem dos responsáveis políticos pelo país ações legislativas, administrativas, orçamentárias e sociais para dar-lhes um tratamento unificado.

2. O Brasil, ao assinar e ratificar a *Convenção de Belém do Pará*, de 1994, comprometeu-se a erradicar a violência de gênero e até o momento pouco ou nada fez nesse sentido. Se quiser seguir o rumo traçado pelos outros países latino-americanos signatários do Tratado, deverá aprovar uma lei de prevenção e repressão à violência doméstica. Essa Lei deverá definir, entre outros aspectos, os diversos supostos de violência doméstica, física, psicológica, sexual e inclusive patrimonial, a competência para o processo e julgamento desses atos, a previ-

são das medidas a serem adotadas no intuito de proteger a vítima de violência doméstica e a responsabilidade do Poder Público em todo esse processo.

3. Passados sete anos da aprovação da Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, verifica-se sua ineficácia no combate à violência doméstica, considerando-se que um expressivo número de causas que chegam a essa instância versam problemas de violência intrafamiliar. É evidente que a intervenção penal é necessária, mas deve representar apenas uma parte do tratamento legal do problema. Ações como campanhas de conscientização por intermédio dos meios de comunicação, criação de linhas diretas de atenção (a exemplo do SOS Criança) e incremento do número de casas de acolhida são também fundamentais, ao lado da aprovação da lei acima aludida. Deve-se observar estritamente o princípio de que se há risco para a vítima não cabe a transação penal. Deveria proibir-se qualquer tipo de transação nos casos de maus-tratos a crianças, adolescentes e idosos.

4. É urgente que se especializem os órgãos do Ministério Público e do Judiciário para que passem a tratar com maior eficácia do problema da violência doméstica. A transcendência e repercussão social do problema justifica a criação de Varas e Promotorias especializadas em violência doméstica, que mantenham um registro dos agressores e disponham de serviços psicossociais para atenção primária às vítimas. Deve-se dar a máxima atenção, mesmo com os poucos mecanismos hoje em dia existentes, à proteção cautelar da vítima de violência.

5. A maioria dos países latino-americanos cumpriu o disposto na *Convenção de Belém do Pará* e aprovou leis modernas e abrangentes de prevenção e combate à violência doméstica. São leis que tentam dar ao problema da violência intrafamiliar um tratamento integral, descrevendo condutas que, mesmo não constituindo crimes, são consideradas violentas. Entregam em geral a competência para conhecer dos atos de violên-

cia doméstica aos Juízes de Família – preservando a competência penal se caracterizada a conduta típica – e buscam priorizar a proteção à vítima, elencando um sem-número de medidas cautelares que garantam a sua integridade física, psicológica, sexual e econômica.

6. Não haverá em nosso país democracia material (igualdade real) enquanto o problema da violência doméstica, no nível em que se verifica, não for resolvido. A família, como célula *mater* da sociedade, deve merecer proteção especial e cuidadosa do Estado, pois sabe-se que muitos dos desvios psíquicos graves e condutas criminosas observadas em nosso meio são conseqüência de uma experiência de brutalidade vivida na infância ou na adolescência. Somente a ação decidida e integrada do Poder Público, por intermédio de todos seus órgãos, dos meios de comunicação, da sociedade, em definitiva, é que poderá dar início ao tratamento e à prevenção de um problema cuja solução milhões de crianças, mulheres e idosos brasileiros estão a reclamar.

Notas:

¹ Foram assinados quatro temas para as seis mesas-redondas, cada uma delas composta por três países: 1. *Represión de la violencia doméstica, tratamiento de la víctima y mecanismos de protección*; 2. *Delitos contra la libertad sexual en el seno de la familia*; 3. *Los menores como víctimas de malos tratos familiares y como testigos en el proceso penal: mecanismos para evitar la victimización secundaria*; 4. *La sustracción internacional de menores*. Foram temas das conferências: 1. *Culpabilidad y delitos cometidos por víctimas de malos tratos. Análisis de la jurisprudencia*; 2. *Otros supuestos de malos tratos: agresiones de hijos a padres*; 3. *Los menores como víctimas de malos tratos familiares y como testigos en el proceso penal: mecanismos para evitar la victimización secundaria*; 4. *La mediación y la conciliación y su incidencia en los procedimientos de violencia doméstica*; 5. *Delitos contra la libertad sexual en el seno de la familia. Análisis jurisprudencial*; 6. *Sustracción internacional de menores*.

² Os pesquisadores mencionam também um outro tipo, que seria uma forma agravada da violência física: a violência fatal (cf. AZEVEDO, M. G.; AZEVEDO, V. N., 1998).

³ São informações de um documento oficial: *Notificação de maus-tratos contra crianças e adolescentes pelos profissionais de saúde* (BRASIL, 2002, p. 7-8).

⁴ Fonte: www.usp.br – Instituto de Psicologia: Departamento de Psicologia da Aprendizagem, do Desenvolvimento e da Personalidade: LACRI. Acesso em: 10 nov. 2002.

⁵ Confira-se a investigação dirigida pelo PASSETI (1999), que analisou 2.078 processos judiciais em que figurassem criança ou adolescente como vítimas de violência, de 1988 a 1992, na cidade de São Paulo. Verificou-se que a violência sexual correspondia a 13% das ocorrências e que 62% das agressões haviam sido efetuadas por um membro da família.

⁶ A situação é amplamente demonstrada pela investigação financiada pela OEA: *Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial* (CENTRO de Referência, Estudos e Ações sobre crianças e Adolescentes, 2002). Trata-se de trabalho fundamentado e extenso, que se conclui com 34 propostas de enfrentamento dos problemas por meio de ações articuladas dos órgãos governamentais e a sociedade.

⁷ Conferir ELUF, Luiza N. *Crimes contra os costumes e assédio sexual. Jurídica Brasileira*: São Paulo, 1999 (apud CENTRO de Referência..., 2002, p. 116): «É de observar que, embora em vigor desde 1941, o delito em apreço (art. 231 – CP) tem-se mostrado de rara aplicação. Pouquíssima é a jurisprudência a respeito do assunto, embora haja notícias veiculadas pela imprensa de que o delito está sendo praticado. Na segunda metade da década de 90, por exemplo, os jornais passaram a informar sobre o tráfico de mulheres brasileiras para bordéis no Paraguai, através da fronteira de Foz do Iguaçu. Meninas eram levadas, de suas casas nos Estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Paraná, dentre outros, com falsas promessas de bons empregos, para ser exploradas sexualmente em cidades paraguaias na fronteira com o Brasil. Utilizando-se do mesmo ardil, traficantes conseguiram levar muitas brasileiras para a Espanha. Essas mulheres foram escravizadas em casas de prostituição e ficaram sem condições de retornar ao país até que a imprensa ao divulgar o fato acabou por gerar a libertação delas».

⁸ Adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 06 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27.11.1995.

⁹ Dos participantes, apenas Brasil e Cuba não possuem leis contra violência doméstica.

¹⁰ «Quando estimuladas pela citação de diferentes formas de agressão, o índice de violência sexista ultrapassa o dobro, alcançando a marca de 43%. Um terço das mulheres (33%) admite já ter sido vítima, em algum momento de sua vida, de alguma forma de violência física (24% de ameaças

com armas ao cerceamento do direito de ir e vir, 22% de agressão propriamente dita e 13% de estupro conjugal ou abuso); 27% sofreram violências psíquicas e 11% afirmaram já ter sofrido assédio sexual. Um pouco mais da metade das mulheres brasileiras declara nunca ter sofrido qualquer tipo de violência por parte de algum homem (57%). Dentre as formas de violência mais comuns destacam-se a agressão física mais branda, sob a forma de tapas e empurrões, sofrida por 20% das mulheres; a violência psíquica de xingamentos, com ofensa à conduta moral da mulher, vivida por 18%, e a ameaça através de coisas quebradas, roupas rasgadas, objetos atirados e outras formas indiretas de agressão, vivida por 15%. Doze por cento declaram ter sofrido a ameaça de espancamento a si próprias e aos filhos e também 12% já vivenciaram a violência psíquica do desrespeito e desqualificação constantes ao seu trabalho, dentro ou fora de casa. Espancamento com cortes, marcas ou fraturas já ocorreu a 11% das mulheres, mesma taxa de ocorrência de relações sexuais forçadas (em sua maioria, o estupro conjugal, inexistente na legislação penal brasileira), de assédios sexuais (10% envolvendo abuso de poder), e críticas sistemáticas à atuação como mãe (18%, considerando-se apenas as mulheres que têm ou tiveram filhos). Nove por cento das mulheres já ficaram trancadas em casa, impedidas de sair ou trabalhar; 8% já foram ameaçadas por armas de fogo e 6% sofreram abuso, forçadas a práticas sexuais que não lhes agradavam». A pesquisa denominou-se *A mulher brasileira nos espaços públicos e privado* (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO, 2002) e ouviu 2.502 mulheres em 187 cidades do país.

¹¹ Segundo dados da Polícia Civil, no ano 2001, 24.474 ocorrências foram registradas pelas mulheres no Distrito Federal, respondendo os delitos de ameaça e lesões corporais por mais de 60% do total de ocorrências.

¹² Há que se ter em consideração que cerca de 70% dos crimes contra a mulher ocorrem dentro de casa e o agressor é o próprio marido ou companheiro.

¹³ É o que afirma CAMPOS (2001, p. 97): «O elevado número de TCs que hoje chegam ao Poder Judiciário comprova que, antes da Lei, esses delitos eram ‘suspensos’ ou conciliados nas Delegacias de Polícia. Os números expressos pelos TCs nos juizados comprovam que a violência não chegava ao conhecimento da autoridade judicial e que, portanto, não podia ser julgada. Atualmente isso não é mais possível. Talvez este seja um dos fatores que tem levado as Delegacias da Mulher (DEAMs) a reclamarem perda de poder».

¹⁴ Que vem provocando a remessa aos Juizados Especiais Criminais daqueles processos que tratam de crimes, cuja pena máxima não seja superior a

dois anos, havendo-se instalado acirrada polêmica doutrinária sobre o tema.

¹⁵ Afirma a conclusão número 15 do Curso: «É necessário prever medidas eficazes de assistência econômica às vítimas de maus-tratos».

¹⁶ Nesse sentido a Conclusão número 10 do Curso afirma: «É conveniente incorporar mecanismos legais de mediação em determinados casos de violência familiar, para evitar a vitimização secundária ou sobrevitimização, sempre com as maiores cautelas para a proteção da vítima e da sociedade» [grifo nosso].

¹⁷ A esse aspecto crucial da proteção à vítima de violência doméstica, dirigem-se três das Conclusões do Curso: «12. São absolutamente indispensáveis os instrumentos que facilitem ou reforcem a ausência de contato entre vítima e agressor, tanto durante o processo, como medida cautelar, como depois da sentença, como pena acessória. 13. A efetividade da medida cautelar de afastamento do agressor dependerá em grande parte do estabelecimento de medidas complementares como a proteção policial direta ou a imposição de mecanismos de fácil ou permanente acesso da vítima ou seus familiares à polícia para que intervenha a seu favor ante eventuais violações das restrições impostas. O problema da efetividade imediata das medidas cautelares adotadas jurisdicionalmente depende em grande parte de que as forças policiais disponham de meios humanos e materiais suficientes. 14. É necessário proceder a uma regulação completa do catálogo e regime geral das medidas cautelares. Deveriam ser incluídas, ademais do afastamento do agressor, medidas como: proibição do agressor de comunicar-se com a vítima, testemunhas ou denunciante; confisco de armas que possuam o agressor, mesmo que não houvessem sido utilizadas no cometimento dos atos de maus-tratos; fixação de uma pensão alimentícia provisional em favor da vítima, assim como da guarda provisória dos filhos e a posse dos bens do casal; proibição de retirada dos filhos do território nacional, assim como medidas assecuratórias da responsabilidade civil pelos maus-tratos».

¹⁸ Essa é uma hipótese trabalhada no texto de IZUMINO (1997, p. 151).

¹⁹ Um texto relevante por sua abrangência para o conhecimento e a análise do modelo latino-americano de combate à violência doméstica, sobre o qual nos debruçaremos constantemente neste capítulo, é ESTRADA (2001, p. 119-159), *Maltrato familiar: perspectivas latinoamericanas*.

²⁰ Em algumas leis, a definição do âmbito subjetivo é sumamente detalhada e algo ampliada, p. ex., o Peru, cujo artigo da Lei nº 26260, de 27 de junho de 1997, elenca entre os sujeitos de proteção: a) cônjuges; b) ex-cônjuges; c) companheiros; d) ex-companheiros; e) ascendentes; f) descendentes;

g) parentes colaterais até o 4º grau de consangüinidade e 2º grau de afinidade; h) os que habitam o mesmo lar, sempre que não existam relações contratuais ou de trabalho; i) os que hajam concebido filhos em comum, independentemente de que convivam ou não no momento de produzir-se a violência. (cf. HIDALGO, 2002, p. 18). [grifo nosso].

²¹ De acordo com as legislações estudadas, na ampla maioria dos países latino-americanos são competentes os juízes de família para conhecer dos casos de violência doméstica que não configurem delito, inclusive em caráter de urgência.

²² Como afirma ESTRADA (2001, p. 139): «En ocasiones, el tratamiento penal se deriva directamente de una ley especial contra la violencia doméstica que, o bien modifica el Código Penal, introduciendo tipos específicos de violencia intrafamiliar (caso, por ejemplo, de Panamá, a través de la Ley 27 de 1995, o incluso de Uruguay – aunque por medio de una ley más amplia: La Ley de Seguridad Ciudadana), o bien contiene ella misma tales figuras penales específicas (Ley núm. 54 de 1989 de Puerto Rico), pero por lo general, las leyes especiales se limitan a prever una específica reacción del ordenamiento no penal frente a las situaciones de maltrato familiar y remitirse a la entrada en juego del ordenamiento penal cuando las concretas manifestaciones de violencia doméstica satisfagan los requisitos típicos de alguna figura penal».

²³ Como afirma a Conclusão número 2 do Curso: «É necessário criar Varas especializadas em violência doméstica e mau-trato familiar. Essas Varas especializadas poderiam concentrar com maior eficácia e rapidez os processos contra os agressores habituais para buscar sua rápida persecução, de acordo com a tipificação adequada. É necessário igualmente criar Promotorias de Justiça especializadas. É conveniente que o Promotor que inicie o caso finalize-o, com o que se consegue um conhecimento profundo dos fatos e se pode lograr uma maior empatia com a vítima. Por meio da especialização, o Promotor responsável pode atuar assentado em razões sólidas e informadas por unidade de critério. Pode ser criado um registro especial de processos de violência doméstica formado pelos dados relevantes extraídos pelos distintos Promotores de Justiça dos procedimentos cíveis e penais em que intervêm, com o objetivo de unificar critérios, aproveitar experiências e esgotar as possibilidades legais, buscando lograr a solução mais adequada a cada caso concreto».

²⁴ Na maioria das vezes, são os juízes de família legitimados para impor as medidas cautelares. Porém, algumas legislações, como a boliviana, facultam ao Promotor de Justiça a imposição de “medidas de proteção imediata”, sujeitas a posterior homologação judicial (cf. ESTRADA, 2001, p. 144).

Bibliografia

- BRASIL. Ministério da Justiça. *Diretrizes nacionais para a política de atenção integral à infância e à adolescência*. Brasília: CONANDA, 2001.
- _____. Ministério da Saúde. *Notificação de maus-tratos contra crianças e adolescentes pelos profissionais de saúde*. Brasília: Ministério da saúde, 2002. (Série A. N. 167).
- CAMPOS, Carmen H. Lei 9.099/95: reprivatização do conflito doméstico. *Revista da AJURIS*, [S.L.], ano XXVII, n. 83, t. I, set. de 2001.
- CARBALLO, María Loreley C. Respuesta al fenómeno de la violencia doméstica en Uruguay. *Curso violencia doméstica: maltrato familiar: delitos contra la libertad sexual en la familia: especial referencia a los menores como víctimas del maltrato familiar: situación en derecho comparado iberoamericano*, Madri, 16 a 18 oct. 2002. Mimeografado.
- CARTA fundacional de la RECAMPI: red de capacitación del Ministerio Público Iberoamericano. *Revista del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de la Justicia*, [S. L.], n. 0. 1. semestre 2002.
- CENTRO de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes: CECRIA (Coord.). *Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial*. Brasília: CECRIA, 2002.
- CHAUI, Marilena. Ética e violência. *Revista Teoria e Debate*, [S. l.], ano 11, n. 39, out./dez. 1998.
- DUEÑAS, Hernando A. G. Violencia intrafamiliar en Colombia. *Curso violencia doméstica: maltrato familiar: delitos contra la libertad sexual en la familia: especial referencia a los menores como víctimas del maltrato familiar: situación en derecho comparado iberoamericano*, Madri, 16 a 18 oct. 2002. Mimeografado.
- A EPIDEMIA da violência. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 set. 1996. Caderno Mais.
- ESTRADA, Jesús T. Maltrato familiar: perspectivas latinoamericanas. *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales – el maltrato familiar en el derecho comparado*. Madrid: Ministério da Justiça Espanhol-Instituto da Mulher, 2001.
- _____. Represión de la violencia doméstica, tratamiento de la víctima y mecanismos de protección (España). *Curso violencia doméstica: maltrato familiar: delitos contra la libertad sexual en la familia: especial referencia a los menores como víctimas del maltrato familiar: situación en derecho comparado iberoamericano*, Madri, 16 a 18 oct. 2002. Mimeografado.
- FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *A mulher brasileira nos espaços públicos e privado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/nop/mulheres>>. Acesso em: [2002?].
- HERMANN, Leda. *Violência doméstica: a dor que a lei esqueceu: comentários à Lei n.º 9.099/95*. Campinas: CEL-LEX, 2000.
- HIDALGO, Eliana I. El fenómeno de la violencia sexual en la familia. *Curso violencia doméstica: maltrato familiar: delitos contra la libertad sexual en la familia: Especial referencia a los menores como víctimas del maltrato familiar: situación en derecho comparado iberoamericano*, Madri, 16 a 18 oct. 2002. Mimeografado.
- IZUMINO, Wânia P. Justiça criminal e violência contra a mulher: o papel da justiça na solução dos conflitos de gêneros. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [S. l.], ano 5, n. 18, abr./jun. 1997.
- MENORES privados de libertad. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996. AA. VV.
- PASSETI, Edson. *Violentados: crianças, adolescentes e justiça*. São Paulo: Imaginário-Primeira Linha, 1999.

Prevenção e mediação de conflitos: a atuação dos conselhos e ouvidorias na área de segurança e de justiça

Rubens Pinto Lyra

Sumário

Introdução. 1. A democracia participativa e a política de segurança. 2. Conselhos nas áreas da segurança e da justiça. Caráter, funções, composição. Critérios de qualificação de seus integrantes. Critérios de idoneidade. Prevenção e mediação de conflitos: Conselhos de Direitos Humanos. CEDDHC. COEDHCI e CEDH. Conselhos de Defesa Social. 3. Ouvidorias de Polícia e Agrária Nacional. Requisitos de idoneidade. Prevenção e mediação de conflitos: Ouvidoria de Polícia de São Paulo. Ouvidoria de Polícia do Pará. Ouvidoria Agrária Nacional. 4. Um novo campo ético-político.

Introdução

As mudanças, do ponto de vista democrático, relacionadas com as políticas públicas de segurança são produtos de uma nova *sociabilidade política*, gerada, nos anos setenta, nas lutas dos movimentos sociais contra a ditadura militar de então. Há mais de vinte anos, elas vêm transformando a sociedade brasileira, e, *pari passu*, colocando o cidadão comum como protagonista central da *práxis* política.

Rubens Pinto Lyra é Doutor em Direito, na área de Política, pela Universidade de Nancy (França). Professor de Teoria Política e dos Programas de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) e em Sociologia (Mestrado e Doutorado). Foi Presidente do Conselho Estadual de Direitos do Homem e do Cidadão da Paraíba, Presidente do Fórum Nacional das Ouvidorias Universitárias e Vice-Presidente da Associação Brasileira de Ouvidores.

Com efeito, a Constituição de 1988, ao consagrar, junto com os mecanismos de representação, o princípio de participação direta na gestão pública, produziu – ou inspirou – o surgimento de diversos institutos de gestão ou fiscalização de políticas públicas, que corporificam essa *práxis* participativa: as consultas populares, os conselhos

gestores de políticas públicas, o orçamento participativo e as ouvidorias.

Tais mudanças repercutiram também nas áreas de segurança e de justiça. Graças à iniciativa de militantes de direitos humanos, foram criados Conselhos Estaduais encarregados da defesa e da promoção desses direitos, com a presença majoritária de órgãos independentes do Governo; Conselhos de Segurança e de Justiça, dotados de expressiva participação da sociedade civil, e Ouvidorias autônomas, com seus titulares recrutados fora da corporação policial.

A atuação desses órgãos ligados à sociedade tem-se revelado eficaz na prevenção e mediação de conflitos, conforme procuramos demonstrar neste trabalho. E contribuído, concomitantemente, para a geração de um campo ético-político inovador, em que velhos antagonismos se convertem em uma cooperação que objetiva a construção de uma polícia protetora dos direitos do cidadão.

Este trabalho, dividido em quatro seções, analisa os Conselhos e Ouvidorias que atuam na área da segurança e da justiça. Na primeira seção, teceremos algumas considerações gerais sobre a importância da democracia participativa e as perspectivas de seu incremento no governo petista. Na segunda, faremos a análise do formato e papel dos conselhos gestores ou fiscalizadores de políticas públicas, com atribuições nas áreas da segurança e da justiça. Na terceira, examinaremos o formato e o papel das Ouvidorias de Polícia (ou de “defesa social”) e da Ouvidoria Agrária Nacional. Em ambos os casos, o foco da análise será a atuação dos Conselhos e Ouvidorias como órgãos educativos, normativos, propositivos e de fiscalização, e como mediadores na solução de conflitos. Finalmente, na quarta, identificaremos a emergência de um novo campo ético-político na *práxis* desenvolvida pelos conselhos supramencionados.

Para a elaboração do presente trabalho, utilizamos, além de vários relatórios desses órgãos, predominantemente, a pesquisa bi-

bliográfica e nela, sobretudo, as fontes primárias: toda a legislação sobre Conselhos de Defesa Social, de Direitos Humanos e das Ouvidorias de Polícia foi consultada (LYRA, 1996b e 2000). Valemo-nos, também, de depoimentos orais dados por atuais e ex-dirigentes dos órgãos estudados.

Como fontes secundárias, utilizamos obras especializadas para embasar nossas análises acerca do espaço ético-político gerado pelo relacionamento entre integrantes do aparelho de segurança do Estado e representantes da sociedade, de órgãos de promoção de cidadania e de intelectuais engajados na defesa dos direitos humanos. Consultamos, ainda, o jornal a Folha de São Paulo, de janeiro 1997 a agosto de 2003, com vistas à obtenção de material informativo e analítico sobre o tema da pesquisa.

Estudamos, especialmente, os dois Conselhos de Defesa Social (Pará e Alagoas) e os três de Direitos Humanos mais atuantes e nos quais a participação da sociedade é expressiva.

As Ouvidorias de Polícia escolhidas para estudo de caso foram a de São Paulo – de longe, a de atuação mais conhecida – e a do Pará, que vem adquirindo notoriedade nos últimos anos. A Ouvidoria Agrária Nacional também foi objeto de nossa análise.

O período coberto pela pesquisa corresponde ao da existência dos Conselhos de Direitos Humanos (desde 1992), dos Conselhos de Defesa Social (desde 1996) e das Ouvidorias Estaduais de Polícia (desde 1995), até a presente data.

1. A democracia participativa e a política de segurança

O Brasil constitui, atualmente, o palco de uma experiência que o coloca na vanguarda mundial da participação cidadã na gestão pública, pelo número de pessoas que envolve, em um país de dimensões continentais, e pela diversidade dos instrumentos que a conforma. Assim, milhares de pessoas participam de conselhos gestores de

políticas públicas em todo o território nacional. Centenas de milhares de pessoas debatem, em aproximadamente duzentas cidades – e em alguns Estados – nas reuniões do orçamento participativo. Por sua vez, as ouvidorias públicas se distribuem de forma bastante desigual no país, chegando a aproximadamente um milhar, mas dessas apenas um número pouco expressivo goza de autonomia efetiva (LYRA, 2002, p. 8).

Assinale-se que tal experiência oferece um campo fértil e amplo para a pesquisa acadêmica, já que são pouquíssimos os estudos, do ponto de vista sociológico ou político, de alguns dos institutos acima mencionados, a começar pelas ouvidorias públicas.

Sobre o orçamento participativo, existe um certo número de trabalhos – mas ainda muito escassos. E, mesmo assim, quase somente estudos de caso. Em relação aos conselhos, abundam estudos do mesmo tipo sobre os que gerem políticas públicas nas áreas de saúde e em outras em que prevalece a disputa pelo fundo público. E, sobre os conselhos de direitos na área da segurança e da justiça, quase não existem pesquisas a respeito.

Porém, além das lacunas citadas, a maior delas é a de existirem poucos trabalhos que abordem, do ponto de vista conceitual, a democracia participativa no Brasil, o significado político dessa experiência, a natureza e o caráter de seus diversos institutos. Em síntese, a democracia participativa como espaço de contra-hegemonia.

Na campanha eleitoral, o tema da participação da cidadania na gestão pública foi raramente abordado. Como os partidos de esquerda – notadamente o PT – têm compromissos históricos com a “radicalização da democracia”, é possível que o pragmatismo e as considerações da *realpolitik*, já presentes na campanha, tenham condicionado o pouco espaço conferido a esse tema.

Em artigo publicado na revista Teoria e Debate, do Partido dos Trabalhadores, AVRITZER (2003) lembra que “as políticas

participativas são a marca das administrações do PT. Agora que o partido assume a Presidência da República, a discussão sobre a implantação dessas políticas se faz necessária”. O Programa do partido prevê, com efeito, a “constituição de novas esferas públicas democráticas, voltadas à co-gestão e à partilha do poder público” (PROGRAMA de governo do Partido dos Trabalhadores, 2003, p. 61). Ocorre, porém, que as opções econômicas e a orientação política do governo petista tornam difícil um engajamento efetivo na matéria.

Não obstante, no campo da segurança pública e dos Direitos Humanos, as iniciativas governamentais apresentam, em alguns casos, avanços na gestão do controle social, aprofundando diretrizes e iniciativas tomadas pelo Governo anterior nessa área. Tais iniciativas vêm procedendo, com efeito, “a essencial valorização da Ouvidoria, a qualificação de dados e rotinas de planejamento, além da implantação de processos de avaliação e monitoramento, com transparência e participação social” (SOARES, 2003).

A proposta de “Ouvidorias autônomas e independentes”, que consta do *Projeto Segurança Pública para o Brasil*, contendo as diretrizes do Governo na área, confirma a opção deste por Ouvidorias dotadas de legitimidade para exercer, em nome da sociedade, a sua função de órgão de defesa dos direitos do cidadão.

O Governo pretende, também, criar Ouvidorias Agrárias nos sete Estados em que os conflitos agrários são mais graves: Minas Gerais, Pernambuco, Paraíba, Alagoas, Mato Grosso, São Paulo e Paraná (GOVERNO quer criar Ouvidorias nos Estados, 2003). Porém, tais Ouvidorias serão de nomeação do Governo, à semelhança da Ouvidoria Agrária Nacional, e das demais Ouvidorias do Poder Executivo Federal.

No que se refere aos Conselhos de fiscalização na área de Direitos Humanos, no discurso de abertura da VIII Conferência Nacional de Direitos Humanos, em junho

de 2003, o Ministro Nilmário Miranda posicionou-se claramente pela sua independência e autonomia.

Assim, MIRANDA (2003) defendeu que os diversos órgãos de Direitos Humanos existentes no país, em primeiro lugar, o Conselho Nacional de Direitos Humanos, ora em gestação, obedeçam aos chamados “Princípios de Paris”, consubstanciados na resolução 1992/54, da Comissão de Direitos Humanos da ONU.

Nessas condições, seria de esperar que, em relação aos Conselhos Estaduais de Segurança Pública, o projeto em análise estimulasse a criação de colegiados deliberativos, com expressiva participação da sociedade, a exemplo dos que analisaremos adiante. Estes demonstram terem o formato e as atribuições adequadas à consecução de uma política democrática de segurança pública. Mas o que o projeto propõe é a criação de Conselhos *consultivos* de Segurança, e não *deliberativos* (BRASIL, 2002).

Tudo indica, portanto, que persistirá “falha no corpo legislativo pátrio, no tocante à participação na elaboração das políticas públicas de segurança” presente em outras áreas, como, por exemplo, na da saúde, na da criança e do adolescente, e na do meio ambiente (CRAVO, 2003).

2. Conselhos nas áreas da segurança e da justiça

Caráter, funções, composição

Os Conselhos de Direitos Humanos independentes do Governo foram criados a partir de 1992. São órgãos de caráter propositivo, educativo, de fiscalização e de mediação, e não de Governo. Com algumas variações, já que cada Estado legisla livremente sobre a matéria, compete-lhes propor as diretrizes para o Poder Público Estadual atuar nas questões relativas aos direitos do homem e do cidadão e sugerir mecanismos legais para a institucionalização desses direitos.

Sua função educativa se baseia no dispositivo legal que lhe atribui competência para estimular e promover programas educativos, e eventos que incentivem o debate sobre os direitos do homem e do cidadão. Os Conselhos exercem a sua função fiscalizadora denunciando e investigando as violações de direitos humanos nos Estados, podendo ter acesso a qualquer unidade pública estadual para o acompanhamento de diligências, exames ou inspeções. De seu poder de fiscalização deriva a sua ação mediadora, voltada sobretudo para a solução de conflitos que envolvem, entre outros, rebeliões de apenados e manifestações de movimentos sociais que sejam consideradas atentatórias à ordem jurídica vigente.

Vê-se que os Conselhos de Direitos Humanos não integram o Poder Executivo, nem, aliás, nenhum dos poderes do Estado. Portanto, não deliberam sobre políticas públicas, mas opinam a respeito e fiscalizam a sua implementação. Deles participam representantes do Poder Executivo Estadual, o Ministério Público, Organizações Não-Governamentais (ONGs), Universidades, Centros de Direitos Humanos, conselhos profissionais e associações, com atividades relacionadas à defesa e promoção dos direitos do homem e da cidadania. Existem conselhos em quatorze Estados da federação, dos quais nove funcionando regularmente: São Paulo, Paraíba, Mato Grosso, Espírito Santo, Alagoas e Rio Grande do Norte (conselhos independentes), além do Ceará, de Minas Gerais e do Pará (conselhos dependentes, em diferentes graus, dos poderes de Estado). Existem dois Conselhos em processo de instalação: os dos Estados de PERNAMBUCO (2001) e do MARANHÃO (2003).

Estão em curso propostas para a instalação de Conselhos de Direitos Humanos no Rio Grande do Sul e no Amapá (CIPRIANO, 2003) e para a reestruturação desses Conselhos, com maior participação da sociedade, nos Estados de Sergipe, Pará e Santa Catarina.

Quase sempre, os serviços prestados pelos seus membros não são remunerados. São considerados relevantes para os Estados e têm prioridade sobre as demais atividades dos conselheiros no serviço público (LYRA, 1996b, p. 145-188).

A criação de conselhos com competência de deliberar sobre a formulação de políticas de Direitos Humanos dos Estados não parece exequível, visto que o caráter abrangente dessas políticas, que dizem respeito a quase todos os setores da administração, provocaria, possivelmente, uma indesejável superposição de deliberações.

Além do que, tal concepção de Conselho de Direitos Humanos não conta com o respaldo dos Princípios de Paris, supramencionados, que o define como um órgão de caráter consultivo-propositivo. Por fim, transformados em Conselhos de Governo, os Conselhos Estaduais de Direitos Humanos perderiam sua independência e teriam enfraquecida a representação da sociedade nos seus colegiados.

Em assim sendo, o caminho para tornar mais amplas e efetivas as atribuições desses Conselhos seria garantir-lhes, no âmbito estadual, o que está sendo proposto, na Câmara dos Deputados, em projeto encaminhado pelo Presidente da República, para o Conselho Nacional de Direitos Humanos. Com efeito, a este será deferido o poder de recomendar afastamento de cargo, emprego ou função na administração pública e de aplicar sanção aos infratores. E, também, o de expedir recomendações a entidades e órgãos públicos, fixando prazo para atendimento ou para a justificativa da sua impossibilidade (BRASIL a, 2003).

Quanto aos Conselhos de “defesa social”, de “segurança” ou de “segurança e de justiça”, são órgãos do Governo, investidos – pelo menos os atualmente existentes – de poder decisório. A eles estão afetas as políticas de segurança e de justiça dos Estados, competindo-lhe formular, deliberar e supervisionar a implementação dessas políticas. Devem, também, realizar estudos técnicos

sobre as questões de sua competência e promover a integração dos órgãos que compõem o sistema de justiça e de segurança, estimulando a participação da sociedade na formulação das políticas do setor.

São muito poucos os Conselhos de Defesa Social existentes – Pernambuco, Rio Grande do Sul, Pará e Alagoas –, sendo que apenas os dois últimos têm representação significativa e autônoma da sociedade. Mas a tendência é a sua proliferação, em face das diretrizes do Projeto Nacional de Segurança Pública do Governo Federal, que condiciona a concessão de verbas à área para criação desses Conselhos.

Estão para serem instalados mais dois Conselhos: o do Rio Grande do Norte, com escassa representação da sociedade e de caráter deliberativo apenas em “2º Grau” (RIO GRANDE DO NORTE, 2001), e o da PARAÍBA (2003), apenas consultivo.

A natureza dos órgãos e entidades que compõem os Conselhos de Defesa Social não difere da dos integrantes dos Conselhos de Direitos Humanos, salvo na proporção de organizações independentes do Governo Estadual – sempre maior, nos Conselhos de Direitos Humanos. Os integrantes dos Conselhos de Defesa Social, regra geral, também não percebem *jeton* para comparecimento às suas reuniões, sendo, da mesma forma, suas atividades consideradas relevantes para o serviço público de seus respectivos Estados.

Crêterios de qualificação de seus integrantes

Antes de abordar a matéria relativa aos requisitos referentes à composição desses Conselhos, importa examinar uma questão que a precede, quase nunca analisada, que diz respeito ao critério atualmente adotado para qualificar as organizações que devem integrar os Conselhos. Esse critério remete a uma paridade nem sempre adequada, e a uma esdrúxula dicotomia, que divide as entidades e órgãos em “governamentais” e “não-governamentais”. Ora, nem todos os órgãos e entidades representativas da sociedade se enquadram nessa classificação. Por

exemplo, a OAB. Ela é uma das mais destacadas representantes da sociedade civil no Conselho Estadual de Direitos do Homem e do Cidadão da Paraíba (CEDDHC) – e em muitos outros Conselhos. Ao mesmo tempo, exerce funções de fiscalização do exercício da profissão de advogado, que é uma prerrogativa de Estado. Da mesma forma os conselhos profissionais, como por exemplo, os de Medicina e de Economia. Por seu turno, a Associação Paraibana de Imprensa – assim como as outras associações congêneres existentes no país – não configura o perfil clássico de uma ONG.

Por sua vez, a Comissão de Direitos Humanos, apesar de pertencer à Universidade Federal da Paraíba (UFPB), se não pode ser considerada “privada”, tampouco pode ser encarada como “governamental” propriamente dita, pois seus membros, eleitos pelo Conselho Universitário, escolhem livremente sua Diretoria e esta dirige, de forma autônoma, a Comissão, sem qualquer ingerência da administração universitária (LYRA, 2002, p. 180).

O próprio CEDDHC é um ente estatal híbrido, ou paraestatal, visto que congrega representação do Governo, mas também de órgãos públicos que não são Governo, e de entidades da sociedade de diversa natureza, entre elas algumas ONGs. Não é portanto nem “governamental”, nem tampouco “não-governamental”.

Aliás, a impropriedade da classificação “governamental” e “não-governamental” se assemelha e, em parte, associa-se, *mutatis mutandis*, à falsa dicotomia “estatal-privado”.

Com efeito, nessa conceituação, o público, *locus* da *práxis* democrática, cujo fundamento é o exercício da cidadania, fica engessado na camisa-de-força do estatal (“governamental”), enquanto o privado, esfera predominantemente ocupada por interesses mercantis, corresponderia ao “não-governamental”, sempre positivamente conotado, sinônimo de entidades independentes, lídimas representantes da sociedade civil.

Carlos Nelson COUTINHO, citado por SCHEINVAR (2003), sublinha que “nessa nova leitura, ao contrário do que é dito por Gramsci, tudo o que provinha da ‘sociedade civil’ era visto de modo positivo, enquanto tudo que diz respeito ao Estado aparecia marcado com sinal fortemente negativo”.

Scheinvar esclarece que “não se trata de uma questão de retórica conceitual, mas de uso político de relações que vêm sendo incorporadas juridicamente em uma nova ordem política nacional” (2003, p. 9).

E recorre novamente a COUTINHO (1998, p. 10) que, referindo-se à ideologia neoliberal, lembra que esta, a partir do final dos anos oitenta, apropriou-se daquela dicotomia maniqueísta para demonizar de vez tudo o que provém do Estado..., e para fazer apologia acrítica duma ‘sociedade civil’ despolitizada, contida num místico ‘terceiro setor’, falsamente situado para além do Estado e do mercado.

Por todo o exposto, melhor seria adotar os critérios contidos na resolução da ONU, já anteriormente citada. Esta consagra procedimentos que garantem a representação pluralista de todos os setores da sociedade ligados à promoção dos Direitos Humanos.

Assim, devem ter assento nos Conselhos de fiscalização e de gestão das políticas públicas não só ONGs e órgãos do Governo, mas também sindicatos, organizações sociais e profissionais, além de universidades e representantes do Parlamento.

Crítérios de idoneidade

Avaliaremos, primeiramente, os requisitos de legitimidade para a constituição dos Conselhos de “Defesa Social”.

Em primeiro lugar, é bom lembrar que tais Conselhos integram o Poder Executivo dos Estados. Em assim sendo, os requisitos para a sua legitimidade são distintos dos referentes aos Conselhos de Direitos Humanos. Para que os Conselhos de Segurança sejam idôneos, a primeira condição é a participação expressiva da sociedade civil. Isso porque o Poder Executivo, no qual se inse-

rem esses Conselhos, tem como chefe um Governador eleito por sufrágio universal – a quem cabe, portanto, um papel decisivo na formulação das políticas públicas. Dessa forma, a presença da sociedade tem, sobretudo, a finalidade de sensibilizar o poder público, pressionando-o para que tenha em conta as suas reais necessidades. Portanto, em tais Conselhos, é legítimo que metade ou mais dos seus integrantes seja governamental; que o seu Presidente seja o Governador, ou o Secretário Estadual de Segurança Pública e que estes homologuem as suas decisões.

A segunda condição reside na autonomia das entidades que participam dos conselhos. Atenção: não é autonomia do Conselho perante a administração, da qual é parte integrante, mas das entidades que representam a sociedade no Conselho. Em termos formais, para que a autonomia exista, é importante que os representantes da sociedade que compõem os Conselhos sejam escolhidos pelas suas próprias entidades, o que infelizmente só ocorre em dois conselhos de defesa social do país – os de Alagoas e do Pará. Até mesmo no Rio Grande do Sul, que conta com expressiva participação da sociedade civil, os representantes desta são de livre nomeação do Governador (RIO GRANDE DO SUL, 1996). Talvez esteja aí a explicação da fragilidade do conselho de segurança desse Estado. Segundo denúncia de um de seus membros, há sete meses ele não era convocado para reuniões desse órgão (TAVARES, 2002).

Conforme sublinha SILVA (2003, p. 7), “são as formas de associativismo civil, na medida em que tiverem capacidade e autonomia, que irão garantir que o fluxo de influências se oriente da sociedade para as instituições políticas, garantindo o controle e a abertura destas para os interesses societários, e não o contrário, com a subordinação da sociedade e de seus atores aos interesses e à racionalidade da esfera político-administrativa”.

Examinaremos, na seqüência, as questões relativas aos Conselhos Estaduais de

Direitos Humanos, analisando os de atuação mais destacada, como o Conselho Estadual de Direitos do Homem e do Cidadão, o CEDDHC, criado pela lei estadual 5.551, de quatorze de janeiro de 1992 e instalado em março do mesmo ano. Este Conselho foi o primeiro entre os Conselhos dotados de autonomia do gênero no país (PARAÍBA, 1992). O Conselho de São Paulo fora criado antes, mas o da Paraíba foi instalado primeiro, em virtude da polêmica dos idealizadores do Conselho paulista com o governo Luiz Antônio Fleury, relativa ao direito dos integrantes dos Conselhos de Direitos Humanos de ingressarem livremente nos estabelecimentos ligados ao sistema penitenciário do Estado para a realização de vistorias ou perícias no sistema penitenciário, finalmente assegurado com a modificação da lei que criou o Conselho paulista (SÃO PAULO, 1991; 1992). Com efeito, sem a garantia desse direito, a autonomia dos Conselhos fica em grande parte esvaziada, mesmo quando os demais requisitos para sua efetiva existência estejam presentes.

Esses outros requisitos são: que as suas diretorias sejam dotadas de mandato certo e livremente eleitas, e que a maioria dos seus integrantes seja constituída de entidades ou órgãos – públicos ou privados – independentes do Governo. É também importante que, nessa maioria, predomine entidades da sociedade a fim de que os Conselhos tenham assegurada a sua representatividade social. Esses pressupostos são a *conditio sine qua non* para sua legitimidade, pois se trata de colegiados que fiscalizam a política de direitos humanos do Executivo.

Vimos, pois, que os Conselhos de Defesa Social e os de Direitos Humanos possuem natureza diferente, sendo o primeiro gestor das políticas públicas na área de segurança e da justiça e o segundo órgão de fiscalização, de monitoramento e de avaliação dessas políticas.

É fundamental que os Conselhos de Defesa Social e de Direitos Humanos atendam os requisitos que os legitimam para que a

sociedade, presente, sob distintas condições, nesses órgãos, possa exercer, no seu âmbito, a sua relevante tarefa de controle social.

Com efeito, na medida em que isso ocorra, as responsabilidades de governo são melhor compartilhadas pelos cidadãos. A presença destes implica, geralmente, uma maior transparência na administração e, por tabela, a diminuição do desperdício e de casos de corrupção. Ela também implica maior aceitação, por parte da sociedade, das decisões emanadas do Estado. A participação societal contribui, ainda, para uma maior eficácia nas estratégias de luta contra a criminalidade e na conscientização da necessidade de uma cidadania ativa, como o melhor ingrediente para garantia da segurança de todos. Finalmente, é a participação da sociedade que torna relevante o papel desses conselhos na ação de prevenção e mediação dos conflitos.

Prevenção e mediação de conflitos

Conselhos de Direitos Humanos CEDDHC

O exemplo do CEDDHC é particularmente ilustrativo a esse respeito. Artigo da pesquisadora Vera CANDAU (2002), referente às experiências de educação em direitos humanos na América Latina, destaca a importância das realizações do Conselho nessa área. Vou referir-me apenas às iniciativas, citadas por CANDAU, que interessam, diretamente, à prevenção de conflitos. Ela lembra que tais iniciativas foram levadas a cabo em parceria com a Secretaria de Direitos Humanos, a Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos, o Movimento Nacional de Direitos Humanos, entre outros importantes órgãos de promoção da cidadania.

Nas suas palavras:

“O Conselho tem procurado, em sua ação educativa, alcançar toda a população, mas ao mesmo tempo tem privilegiado alguns públicos, em função da sua importância na promoção

e defesa da lei e dos direitos do cidadão, tais como a Polícia Militar e Civil e os educadores e servidores do sistema penitenciário”.

Aponta algumas realizações: “o ‘Curso de Formação de Educadores em Direitos Humanos’; o Seminário ‘Aprendendo e Ensinando Direitos Humanos’; a ‘Oficina Pedagógica’ realizada em maio de 1999, dirigida a militantes de ONGs, educadores e estudantes universitários; sobretudo, uma série de publicações e atividades ligadas à luta contra a violência”.

Prossegue CANDAU (2002, p. 27-28):

“Quanto às publicações, o Conselho é um dos órgãos que tem tido uma importante contribuição no campo do aprofundamento e das publicações sobre os direitos humanos no país. Nelas, o objetivo é divulgar documentos de estudos e pesquisas de interesse na afirmação da cidadania em campanhas através de rádios, televisões e cartazes. Algumas delas foram: Impunidade Basta; sobre a Violência do Estado Contra o Cidadão; Diga não à Tortura; Denuncie; Diga não à Violência”.

Vera CANDAU lembra iniciativas em curso e as atividades desenvolvidas com vistas à formação de policiais militares, servidores de delegacias de mulheres, integrantes de assentamentos rurais e de comunidades urbanas.

A ação educativa promovida pelos Conselhos Estaduais de Direitos Humanos, graças à presença inovadora de entidades oriundas da sociedade, contribuiu enormemente para o processo de profunda modificação nas relações da polícia com a sociedade.

Em 1994, o Vice-Presidente do CEDDHC era um major, hoje coronel, que, nessa condição, e também na de subcomandante da Polícia Militar da Paraíba, ocupou, na quarta gestão deste Conselho, o cargo de Tesoureiro. Atualmente, no Rio Grande do Norte, o Vice-Presidente do Conselho Estadual de

Direitos Humanos é também coronel. Na Paraíba, a Polícia Militar está fortemente presente nas suas promoções. Nas fotografias de eventos promovidos pelo Conselho, desde os seus primórdios, em várias ocasiões, no apagar das luzes destes, somente víamos quepe e farda. Os policiais militares são mais disciplinados, ficam até o fim. Em muitos eventos, são os mais numerosos. A presença de altas patentes das Polícias Militares nas diretorias dos Conselhos de Direitos Humanos está diretamente relacionada com a contribuição desses órgãos na formação de policiais em Direitos Humanos.

A ação mediadora do Conselho, no sentido de evitar a violência e de estabelecer a negociação entre movimentos sociais e autoridades, envolveu – especialmente na gestão de Nazaré Zenaide (mar. 1998-mar. 2000) –, mais de uma vez, a ocupação de prédio público. Relatou-nos a professora Nazaré que, na ocasião em que os camponeses ocuparam a sede do INCRA, no ano de 2001, foi dada uma orientação nacional para que os responsáveis estaduais do órgão solicitassem, judicialmente, a sua imediata desocupação. Nessa oportunidade, o CEDDHC e o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria do Cidadão, foram os únicos órgãos a mediar o conflito com os trabalhadores rurais. Várias autoridades a que a questão estava, direta ou indiretamente, afeta, tais como a OAB e a Polícia Federal, mostraram-se reticentes em participar. Por outro lado, aos olhos do sem-terra, o Conselho era, sem dúvida, a instituição que tinha mais legitimidade para negociar. Tanto nessa quanto em outras ocasiões, esse diálogo evitou que o conflito degenerasse em ações violentas contra os sem-terra (ZENNAIDE, 2003).

COEDHCI e CEDH

Também merece referência o Conselho Estadual de Direitos Humanos e Cidadania (COEDHCI) do Estado do Rio Grande do Norte. Criado em 1995, é atualmente regido pela lei estadual 8.304, de 29/01/2003

(RIO GRANDE DO NORTE, 2003). Tal como o CEDDHC, é um órgão independente do governo, sendo sua direção eleita pelas entidades e órgãos integrantes do Conselho, a maioria destes autônomos em relação à administração estadual.

O COEDHCI é o pioneiro, no nordeste, na formulação de propostas e na mobilização da sociedade com vistas à implementação do Programa Nacional de Direitos Humanos. Foi o COEDHCI o primeiro Conselho do gênero na região a promover uma Conferência Estadual de Direitos Humanos. Esta foi realizada em 2002 a partir de cinco conferências micro-regionais, envolvendo um total de 311 participantes, que representaram 207 entidades. Entre suas cinco comissões permanentes, tem tido destaque o trabalho da Comissão de Acompanhamento do Programa Estadual de Direitos Humanos, que envolve, mediante relatores temáticos, todos os órgãos do Conselho.

O COEDHCI vem dando, desde o ano de 2002, atenção prioritária à coordenação, no Rio Grande do Norte, da Campanha Nacional Contra a Tortura. O Conselho de Direitos Humanos desse Estado foi, também, pioneiro, no nordeste, na criação da primeira Ouvidoria de Polícia (de “Defesa Social”), autônoma, cujo titular, estranho à corporação, é escolhido para a função pelos órgãos e entidades integrantes do COEDHCI. Este Conselho foi escolhido na VIII Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em junho de 2003, para integrar o Grupo de Trabalho que discute a proposta de criação, no plano jurídico-institucional, de um Sistema Nacional de Proteção aos Direitos Humanos (MONTE, 2003).

Outro Conselho cujas atividades merecem registro é o de Direitos Humanos de Alagoas (CEDH-AL), sobretudo no que diz respeito à formação de policiais em Direitos Humanos e aos resultados práticos obtidos.

Criado pela lei estadual 5.974, de nove de dezembro de 1997, as iniciativas do CEDH-AL concorreram, de forma direta, para a mudança nos padrões de funciona-

mento da corporação policial (ALAGOAS, 1997). Destacamos, entre elas, proposta encaminhada, no ano de 1999, à Corregedoria do Tribunal de Justiça de Alagoas, por ela aprovada, sob a forma de um provimento (nº 11.099) que disciplina a execução de mandados judiciais para desocupação de temas naquele Estado. Desde então, no cumprimento de mais de trezentos desses mandatos, não houve registro de uma só ação violenta contra os sem-terra.

Aliás, o comportamento da Polícia Militar de Alagoas fez com que fosse distinguida, no ano de 2001, pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH), com “menção honrosa” pela sua atuação destacada nessa área (FONSECA, 2003).

Tal distinção tem forte carga simbólica. Com efeito, a homenagem prestada pelo MNDH, a mais representativa organização de direitos humanos do país, a uma corporação policial-militar significa, doravante, a cessação de hostilidades e a substituição destas pelo diálogo, no relacionamento entre a “tribo de direitos humanos” e a polícia.

Conselhos de Defesa Social

Vimos que os Conselhos de Defesa Social do Pará e de Alagoas são os mais atuantes e os de representação social mais expressiva.

O Conselho Estadual de Segurança e de Justiça do Pará, criado pela lei estadual 5.944, de 02/02/1996 (PARÁ, 1996), é constituído por sete dirigentes de órgãos desse Estado e de oito representações independentes do Governo, entre as quais quatro de entidades ligadas à promoção e à defesa dos direitos humanos, duas de associações de policiais, além de dois representantes da Assembleia Legislativa, totalizando quinze membros. Por sua vez, o Conselho Estadual de Justiça e de Segurança Pública de Alagoas, criado pela lei estadual 6.145, de 13/01/2000 (ALAGOAS, 2000), é composto de sete representantes do Poder Executivo Estadual, de quatro integrantes de órgãos públicos relacionados com a Defesa de Direitos do

Cidadão e de quinze representantes da sociedade civil.

Relato dos seus dirigentes mostra que, em várias ocorrências relacionadas com a invasão de prédios públicos, ocupações de terra, rebeliões de detentos e outras situações de risco, a sua ação mediadora evitou a explosão de violência com derramamento de sangue (PATRIOTA, 2003). O Conselho de Segurança de Alagoas enfatiza o princípio da participação popular, sendo uma das suas atribuições garantir a sua efetivação “através da integração dos órgãos de segurança com a sociedade civil” (art. 3º, inciso II, do Dec. 38.589, de 12/9/2000).

Cabe, ainda, destacar a ação do Conselho de Segurança do Estado do Pará (CONSEP) na implementação de uma normatividade inovadora no que diz respeito ao combate à violência policial, especialmente à prática de tortura.

Segundo a Ouvidora do Sistema de Segurança Pública, Rosa Marga ROTHE (2003), o não funcionamento do Conselho Estadual dos Direitos Humanos explica que as questões relacionadas a esses direitos sejam, freqüentemente, objeto de apreciação do CONSEP.

O Conselho de Segurança Pública do Pará vem assumindo uma linha de atuação que o identifica com a defesa dos direitos fundamentais, conforme demonstram as normas que editou, inéditas no Brasil, para enfrentamento da prática da tortura. Assim, a resolução 023/ 2001, do referido Conselho, determina ao Centro de Perícias Científicas a “apresentação de uma proposta de quesitos específicos sobre a tortura, a serem adicionados ao rol de quesitos padronizados nas requisições de exame médico-legal”. A mesma resolução autoriza a Ouvidoria de Segurança Pública a proceder à lavratura do boletim de ocorrência das denúncias de tortura que apontem como autores agentes da segurança pública. Estabelece, ademais, que as corregedorias deverão dar absoluta prioridade a denúncias de tortura e a proceder administrativamente contra os res-

ponsáveis por eventuais omissões. E, finalmente, determina “a inclusão de disciplina voltada para a interpretação da lei de tortura no currículo de todos os cursos de formação, aperfeiçoamento, especialização e requalificação profissional dos agentes de segurança pública”.

Da mesma forma, é da lavra do CONSEP a edição de normas avançadas, que objetivavam inibir o emprego da força letal no combate à criminalidade. Com este escopo, a resolução 038/ 2001 determina o afastamento de policiais responsáveis por homicídios, em serviço ou fora dele, recolhendo identidade e armas funcionais, independentemente de apuração administrativa ou penal. A mesma resolução determina a utilização da silhueta de corpo inteiro para os treinos de tiro policial, objetivando a preservação dos órgãos vitais (OUVIDORIA do Sistema de Segurança Pública de Estado do Pará, 2003).

3. Ouvidorias de Polícia e Agrária Nacional

Requisitos de idoneidade

Para que as Ouvidorias sejam legítimas, necessitam ser autônomas, quer dizer, ter seu titular escolhido por órgão independente do poder fiscalizado. Parece óbvio: o titular da Ouvidoria, o interlocutor qualificado que representa a sociedade – na universidade, na Prefeitura, no Governo, etc.–, deveria ser independente do órgão fiscalizado, portanto, nunca escolhido pelo dirigente deste. Contudo, a realidade é outra. Noventa por cento, no mínimo, das ouvidorias brasileiras são biônicas. Entretanto, há muitos elementos promissores que vêm ganhando espaço ultimamente e fortalecem os que lutam pela sua autonomia.

A criação da Ouvidoria de Polícia do Estado de São Paulo constitui um salto qualitativo nesse processo. Foi gerada pela mobilização democrática e popular dos militantes dos direitos humanos, sob o manto pro-

tetor e com o apoio ostensivo de D. Paulo Evaristo Arns, então Cardeal-Arcebispo de São Paulo. Este esteve presente na posse do primeiro Ouvidor do Estado, Benedito Domingos Mariano. Em dois anos, Mariano conseguiu que fosse votada a lei, até hoje vigente, que atribui a indicação do Ouvidor ao Conselho Estadual da Pessoa Humana de São Paulo (CONDEPE), mediante lista tríplice submetida ao Governador. Esse Conselho é composto quase totalmente de entidades independentes do governo, representadas por personalidades de reconhecida atuação na área (SÃO PAULO, 1997). Trata-se, pois, de uma Ouvidoria nascida da mobilização social, autônoma e dotada de controle extra-orgânico, estando voltada principalmente para a defesa da justiça, da ética e dos direitos de cidadania.

Aliás, MARIANO (apud TONETO, 2000, p. 208) impôs como *conditio sine qua non* para aceitar o cargo de Ouvidor que “suas ações fossem definidas não apenas pelo titular do cargo, mas por representantes da sociedade civil”.

Prevenção e mediação de conflitos

Ouvidoria de Polícia de São Paulo

Benedito Domingos MARIANO (2001), pioneiro na matéria, desenvolveu, junto com o que há de melhor da sociedade civil de São Paulo em direitos humanos, ação propositiva de tal envergadura que contribuiu e vem contribuindo de forma decisiva para mudar as estruturas das polícias estaduais. Se essa ação propositiva não tivesse existido, teríamos generais dispostos a, no prazo de dez anos, promover a unificação entre a Polícia Civil e a Militar? Pois o Secretário de Segurança do Ceará, General Cândido Vargas de FREIRE (2002), no seminário sobre violência e políticas públicas, realizado em Brasília, em agosto de 2002, pelo Instituto Brasileiro de Ação Popular (IBRAP), deixou clara a viabilidade e a simpatia por essa proposta.

Por outro lado, as investigações da Ouvidoria sobre os milhares de casos de tortu-

ra, maus-tratos e outras ilegalidades denunciadas à sociedade, com ampla cobertura da mídia local e nacional, concorreram fortemente para inibir as ações violentas e arbitrariedades cometidas pelo aparato repressivo paulista. Segundo TONETO (2000, p. 211), 2.500 policiais civis e militares foram punidos por sua corporação com base em denúncias apresentadas à Ouvidoria. Para ela, a maioria das pessoas não os teria denunciado se a Ouvidoria não existisse, pois que os denunciadores raramente fariam as denúncias às Corregedorias de Polícia, por temerem represálias.

MARIANO (2001) aponta para um dado surpreendente. Das 20.000 denúncias apresentadas, “25% foram encaminhadas por policiais, principalmente sobre abuso de autoridade cometida por superiores hierárquicos”. Diga-se, *en passant*, que tal fato está a demonstrar que um órgão promotor de Direitos Humanos, como a Ouvidoria de Polícia de São Paulo, atua, efetivamente, em prol dos Direitos do Cidadão, e, especialmente, dos direitos dos próprios policiais. E não, como se propaga preconceituosamente, em favor dos “direitos humanos dos bandidos”.

Existe, todavia, uma limitação nas Ouvidorias de Polícia Estaduais apontada por MARIANO (2002, p. 55): o impedimento de efetuar investigações. Nas suas palavras: “Quando não concordam com os relatórios de conclusão de apuração das Corregedorias, o máximo que podem fazer é encaminhar a denúncia ao Ministério Público. Para que as Ouvidorias de Polícia possam efetivamente intervir com maior eficiência na violência policial é necessário que também possam ter a atribuição de investigação, elaborando relatórios de investigação diretamente ao Ministério Público, quando entenderem que a apuração dos órgãos corretores é insatisfatória”.

Ouvidoria de Polícia do Pará

Deve, também, ser destacada a atuação da Ouvidoria de Polícia do Estado do Pará (mais exatamente, Ouvidoria do Sistema de

Segurança Pública), que tem como titular Rosa Marga Rothe, atual Coordenadora do Fórum Nacional dos Ouvidores de Polícia.

As medidas tomadas pelo CONSEP, anteriormente analisadas, resultaram, em grande parte, de sua ação propositiva e de seu ativo engajamento no sentido da adoção de medidas objetivando coibir a prática da tortura e o emprego de força letal por parte da polícia.

Tais resultados foram alcançados graças a um trabalho persistente, à coragem e à competência da Ouvidora no enfrentamento das resistências às suas iniciativas, oriundas da corporação policial.

Assim, as hipóteses aventadas pela Ouvidoria – e depois comprovadas –, de que os policiais matam tanto ou mais quando estão fora do serviço e a de que nem todos os homicídios envolvendo policiais são comunicados e os que o são nem sempre são investigados, suscitou várias tentativas de desqualificação da Ouvidoria. Alegava-se, entre outras coisas, que jornal não é “fonte séria” e que “as entidades de direitos humanos são contra a polícia, mas protegem bandido”.

Na seqüência, as medidas adotadas para aperfeiçoar os procedimentos de comunicação de homicídios ao CONSEP mostram que estas aumentaram 100%, logo após a sua adoção. O declínio progressivo de tais comunicações, nos meses subseqüentes, parece indicar que, desde então, a polícia tenha adotado um comportamento de maior cautela no uso da força.

A aceitação progressiva da ação da Ouvidoria, especialmente pelo CONSEP – mas também por significativos setores da corporação policial –, intensificou a colaboração entre os dois órgãos. Dessarte, a resolução 057/ 2002, do colegiado em questão, autoriza à Ouvidoria requisitar exame ou solicitar cópia de laudos periciais necessários à confirmação de fato ou situação objeto de denúncia, antes de repassá-los às Corregedorias ou ao Ministério Público para os procedimentos apuratórios. Recomenda, ainda,

às autoridades policiais ou administrativas vinculadas ao CONSEP “que facilitem, atendam e priorizem as solicitações da Ouvidoria, facilitando seu mister de defender o cidadão contra eventuais abusos praticados por agentes do Estado...” (ROTHER, 2003).

Portanto, a ação prática das Ouvidorias e dos conselhos, o debate por elas fomentado sobre democracia e cidadania, vem contribuindo para a mudança da consciência e para a paulatina transformação das instituições no campo da segurança pública do Estado brasileiro.

Ouvidoria Agrária Nacional

Examinaremos, agora, o papel das Ouvidorias enquanto instrumento de mediação. Merece destaque, a esse respeito, a Ouvidoria Agrária Nacional, criada em 1999 pelo então Ministro Raul Jungmann e dirigida pelo Desembargador aposentado Gercino José Maria Filho. Depoimento de Humberto Pedrosa ESPÍNOLA (2002), ex-Secretário-Executivo do Conselho Nacional da Pessoa Humana, ressalta quão importante foi a ação do Ouvidor Agrário em numerosos conflitos de terra e outras ações litigiosas, evitando que uns e outros evoluíssem para o confronto armado.

A Ouvidoria Agrária Nacional enfatiza a importância que teve, nesse processo, o acatamento, em muitos Estados da Federação, do Plano de Execução de Mandados Judiciais de Reintegração de Posse (BRASIL, 2003).

Ao mesmo tempo, a ação dessa Ouvidoria denota os limites da chamada Ouvidoria biônica. Dependendo do seu titular, pode concorrer positivamente para a democracia, pela negociação e prevenção de conflitos. Mas não se pode desconhecer os seus limites: o Ouvidor Agrário Nacional foi considerado pelo Presidente da República, à época Fernando Henrique Cardoso, quando os sem-terra ocuparam sua fazenda. Apesar de o Ouvidor haver negociado uma saída honrosa com os invasores, garantindo-lhes que não seriam presos, o Governo

não acatou o acertado, permitindo que a Polícia Federal prendesse e processasse os ocupantes. O fato é que a Ouvidoria biônica tem sempre os seus limites. O Ouvidor não poderá dizer “não”, nem se comportar de maneira independente, sequer discordar do órgão que, em tese, fiscaliza. Pois, se o fizer, poderá ser destituído por quem o escolheu para a função.

4. Um novo campo ético-político

Os conselhos que atuam nas áreas de segurança e justiça vêm produzindo, quando a cidadania neles tem voz ativa, um novo campo ético-político.

Ainda em 1997, análise do sociólogo Rubem César FERNANDES (1997) denota a sua percepção das mudanças que se delineavam nas relações entre a polícia e os ativistas de direitos humanos: “Há uma transformação histórica se você pensar que há alguns poucos anos existia a tribo dos direitos humanos, de um lado, e a tribo de segurança, do outro, e elas guerreavam”. Mas agora “está acontecendo uma integração, em que, de um lado, a idéia de segurança passa a ser vista como parte dos direitos humanos e, de outro, a noção de segurança não é só assunto de polícia, de exército, do Estado”.

Ora, os conselhos anteriormente referidos resultaram precisamente de iniciativas da “tribo de direitos humanos”, que tomou a decisão de ir além da simples denúncia das ações ilegais da polícia, aproximando-se desta, tendo em vista “transformá-la por dentro”. Vislumbram “a possibilidade de criação de ‘controles internos’ mediante a participação da sociedade civil na elaboração de políticas de segurança e na formação de policiais. Exemplos disso são a participação de pesquisadores e militantes dos direitos humanos em órgãos governamentais encarregados da segurança pública, as diversas experiências de cursos para oficiais da Polícia Militar e delegados, sob a responsabilidade de universidades e de insti-

tutos de pesquisas e a frequência em cursos de Direitos Humanos nas polícias, dados por atores externos” (NEVES, 2002, p. 14).

Este novel espaço público se forja em laços de colaboração inéditos, consubstanciados em uma conjunção de forças que contém elevada representatividade social. Com efeito, nos conselhos estão presentes as entidades mais representativas da sociedade e os mais importantes órgãos públicos com responsabilidade no campo da justiça, da segurança e da cidadania. Portanto, a construção desse espaço público *sui generis* representa um salto de qualidade, por permitir a produção de sínteses dialéticas capazes de superar concepções meramente corporativas.

Na verdade, a *práxis* política nesses conselhos permitiu o crescimento do entendimento e da compreensão recíprocas, e de negociações, ainda que muitas vezes laboriosas e difíceis, entre calejados e reputados militantes de direitos humanos e representantes qualificados do aparato de segurança e de justiça. Disso tem resultado uma co-operação crescente entre os diversos setores envolvidos na questão e uma visão mais abrangente dos direitos humanos e da segurança pública. De um lado, afastou-se o antigo preconceito contra os direitos humanos; do outro, deixou-se de promover uma espécie de responsabilização *a priori* das polícias pela violação de direitos, quando ocorrem conflitos.

Os conselhos em foco compõem, pelo seu caráter permanente e pela força de suas atribuições, o principal *locus* de construção desse novo campo ético, inclusive porque eles têm sido, como no caso do CEDDHC e do CEDH-AL, a matriz geradora de experiências inovadoras de Educação em Direitos Humanos, permitindo que novas relações possam estabelecer-se entre a polícia e a sociedade.

Com efeito, essa reflexão autocrítica constituiu o fundamento de um novo conceito: o de segurança pública democrática. Ao invés da culpabilização individual, pressu-

põe a responsabilidade coletiva. Coloca os atores sociais com relações horizontalizadas do ponto de vista do valor das pessoas, de suas crenças e de seus desejos (MENDONÇA FILHO, 2001, p. 13).

Todavia, tais transformações somente ocorrerão se “a sociedade civil {passar} a reivindicar maior controle social sobre as instituições policiais, algo que ainda está embrionário na sociedade brasileira” (MENDONÇA FILHO et al., 2002, p. 107).

Concluindo, fazemos nossas as palavras de REGINATO (2002, p. 270): “A chave para pensar políticas públicas de segurança, bem como para o sistema penal, não está na discussão acerca da criminalidade, mas nos processos de consolidação da democracia, sem os quais não se poderá inverter as práticas que se afirmaram a partir de relações sociais marcadas pela desigualdade e pelo autoritarismo”.

Bibliografia

ALAGOAS (Estado). Lei Estadual nº 5.974, de 9 de dezembro de 1997.

_____. Lei Estadual nº 6.145, de 13 de janeiro de 2000.

AVRITZER, Leonardo. O governo Lula e o desafio da participação. *Teoria e debate*, São Paulo, ano 16, n. 54, p. 10-15, jun./ago. 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1, de 2002, de iniciativa do Presidente da República. Transforma o Conselho Nacional de Direitos da Pessoa Humana em Conselho Nacional dos Direitos Humanos. [2002?].

_____. Decreto nº 38.539, de 12 de setembro de 2002, que institui o regulamento do Conselho Estadual de Justiça e de Segurança Pública. [2002?].

_____. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Ouvidoria Agrária Nacional. *Plano de Execução de Mandados Judiciais de Reintegração de Posse*. 2000. Disponível em: <www.mda.gov.br>. Acesso em: 1 ago. 2003a.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Projeto Segurança Pública para o Brasil*. 2002. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 1 jul. 2003b.

CANDAU, Vera. Experiências de direitos humanos na América Latina: o caso brasileiro. *Cadernos Novamerica*, Rio de Janeiro, n. 30, set. 2002.

CIPRIANO, Perly. Sub-Secretário Adjunto da Secretaria Especial de Direitos Humanos. Depoimento em: 26 de ago. 2003.

COUTINHO, Carlos Nelson. Gramsci e a questão da sociedade civil. 261 f. *Tese* (Doutorado em Educação) - Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro.

CRAVO, Itajiba Farias. Ouvidor de Polícia do Estado de São Paulo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 ago. 2003. (Painel do Leitor, p. A3).

ESPINOLA, Humberto Pedrosa. Ex-Secretário Executivo dos Direitos da Pessoa Humana. Depoimento em: 13 jul. 2002.

FONSECA, Delson. Procurador da República e ex-Presidente do Conselho Estadual de Direitos Humanos de Alagoas. Depoimento em: 21 jan. 2003.

FREIRE, Cândido Vargas. Segurança e insegurança pública. In: SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE VIOLÊNCIA E POLÍTICAS PÚBLICAS, 2002, Brasília. *Anais...* Brasília: Câmara do Deputados, 2002.

LYRA, Rubens Pinto. Os Conselhos Estaduais de Direitos do Homem e do Cidadão e a democracia participativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 130, p. 175-182, abr./jun. 1996a. Separata.

_____. A democracia participativa no Brasil: reconstrução do conceito e características. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 3., 2002, [S. l.]. *Anais eletrônicos...* [S. l.:s. n.], 2002. Disponível em: <<http://www.cienciapolitica.org.br/encontro/teopol.htm>>. Acesso em: 30 dez. 2002.

_____. *A nova esfera pública da cidadania* (Org.). João Pessoa: Universitária, 1996b.

_____. *A Ouvidoria na esfera pública brasileira* (Org.). João Pessoa: UFPB; Curitiba: UFPR, 2000.

NEVES, Paulo Sérgio Costa. Introdução. In: NEVES, Paulo Sérgio Costa; RIQUE, Célia; FREITAS, Fábio (Org.). *Polícia e democracia: desafios à educação em direitos humanos*. Recife: Bagaço, 2002. p. 13-21.

MARANHÃO (Estado). Lei Estadual nº 7.884, de 31 de janeiro de 2003. [2003?].

MARIANO, Benedito Domingos. Criar uma política democrática. In: MARIANO, Benedito Domingos; FREITAS, Isabel. *Política: desafio da democracia brasileira*. Porto Alegre: CORAG, 2002. p. 45-66.

_____. Transparência e controle da coisa pública. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 jan. 2001.

MENDONÇA FILHO, Manuel Carlos. *A noção de segurança democrática como alternativa para a crise da função policial*. 2001. Mimeografado.

MENDONÇA FILHO, Manuel Carlos et al. Polícia, direitos humanos e educação para a cidadania. In: POLÍTICA e democracia: desafios à educação em direitos humanos. Recife: Bagaço, 2002. p. 85-110.

MIRANDA, Nilmário. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, 3., 2003, Brasília. *Anais...* Brasília: [s. n.], 2003. Mimeografado.

MONTE, Roberto. Economista e Presidente do Conselho Estadual de Direitos Humanos e Cidadania (COEDHCI) do Rio Grande do Norte. Depoimento em: 18 jul. 2003.

ONU. Resolução nº 1.992/54, da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. [S. l.]: [s. n.], [19—?].

PARÁ (Estado). Lei Estadual nº 5.994, de 2 de fevereiro de 1996. [1996?].

PARAÍBA (Estado). Lei Estadual nº 5.551, de 15 de janeiro de 1992. [1992?].

_____. Lei Estadual nº 7.387, de 8 de setembro de 2003. [2003?].

PATRIOTA, Everaldo. Advogado, Presidente do Conselho Estadual de Direitos Humanos de Alagoas e membro titular do Conselho de Segurança desse Estado. Depoimento em: 13 ago. 2003.

PERNAMBUCO (Estado). Lei Estadual nº 12.160, de 20 de setembro de 2001. [2001?].

PROGRAMA de Governo do Partido dos Trabalhadores. São Paulo: Perseu Abramo, 2002.

REGINATO, Andréa Depieri de Albuquerque. O sub-sistema de segurança pública: práxis e perspectivas. In: NEVES, Paulo Sérgio Costa; RIQUE, Célia; FREITAS, Fábio (Org.). *Polícia e democracia: desafios à educação em direitos humanos*. Recife: Bagaço, 2002. p. 259-272.

OUVIDORIA do Sistema de Segurança Pública do Estado do Pará (1997-2002). Belém: [s. n.], 2003. Mimeografado.

RIO GRANDE DO NORTE (Estado). Lei Complementar nº 231, de 5 de abr. 2002. [2002?].

_____. Lei Estadual nº 8.304, de 29 de janeiro de 2003. [2003?].

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Lei Estadual nº 10.707, de 15 de janeiro de 1996. [1996?].

- ROTHER, Rosa Marga. Ouvidora do Sistema de Segurança do Pará. Depoimento em: 1 ago. 2003.
- SADER, Emir. Público versus mercantil. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 jun. 2003.
- SÃO PAULO (Estado). Lei Complementar nº 826, de 20 de jun. de 1997. [1997?].
- _____. Leis Estaduais nº 7.556, de 27 de novembro de 1991 e 8.032, de 28 de setembro de 1992. [1992?].
- SCHEINVAR, Estela. Os conselhos e a gestão da política para a infância e adolescência. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 11., 2003, Campinas. *Anais...* Campinas: [s. n.], 2003. Texto apresentado no GT Participação e cidadania.
- SILVA, Marcelo Kunrath. *Tradições associativas e democracia: uma análise corporativa das experiências de orçamento participativo na região metropolitana de Porto Alegre*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 11., 2003, Campinas. *Anais...* Campinas: [s. n.], 2003.
- SOARES, Luis Eduardo. Cidade de Deus e pacto pela paz. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 fev. 2003.
- TAVARES, José Vicente. Ex-Conselheiro Titular do Conselho de Segurança do Estado do Rio Grande do Sul. Depoimento em: 20 jan. 2002.
- TONETO, Bernadete. A Ouvidoria de polícia de São Paulo e o Fórum Nacional de Ouvidores de Polícia. In: LYRA, Rubens Pinto. *A Ouvidoria na esfera pública brasileira* (Org.) Curitiba: UFPR; João Pessoa: UFPB, 2000. p. 207-214.
- ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. Professora universitária e Ex-Presidente do CEDDHC. Depoimento em: 2 mar. 2003.

A tributação das operações realizadas por meio eletrônico

Ivan Lira de Carvalho

Sumário

1. Introdução. 2. O comércio eletrônico como objeto da tributação. 2.1. Princípios que devem orientar a tributação das operações realizadas via Internet. 2.2. O conceito de comércio eletrônico. 2.3. A expansão do comércio eletrônico e o seu posicionamento no contexto econômico no Brasil e no Mundo. 2.4. De como reage a tributação, diante do comércio eletrônico. 3. Provedor: insumo imprescindível para os negócios do mundo *web* e as perspectivas da tributação sobre ele incidente. Natureza jurídica do serviço prestado, para fins de tributação. 4. Imunidade ou isenção tributária em relação às operações virtuais. 5. Conclusões.

1. Introdução

A divisão da linha da história da humanidade em idades (idade antiga, idade média, idade moderna e idade contemporânea) decerto terá que ser alterada, com o acréscimo de uma nova faixa, correspondente à inserção da Internet nas relações sociais e institucionais das pessoas, notadamente com o *boom* dessa via de comunicação, operada nos últimos cinco anos do século vinte. Conceitos e condutas foram revistos, valores foram totalmente reformulados, numa autêntica revisão radical em costumes e práticas, inclusive no campo dos negócios.

Assim, pode ser dito que a Internet colocou de bruços, também, conceitos e práticas jurídicas, inclusive os pertinentes ao Direito Tributário. Sim, pois em razão da difu-

Ivan Lira de Carvalho é Juiz Federal. Professor da UFRN. Doutorando em Direito (UFPE).

são, em escala crescente, do comércio eletrônico (popularizado pelo anglicismo *e-commerce*) e da prestação de serviços *on-line*, adveio uma plethora de questionamentos acerca da possibilidade (ou não) de o Estado tributar ditas atividades. E é justamente sobre alguns desses problemas que tratará o presente ensaio.

É de ser considerado, sob a lente dessa revolução, um ponto deveras sensível do sistema estatal, que é o chamado poder tributário, cuja noção apresenta um profundo teor das manifestações próprias da soberania do Estado. E não se fala aqui de qualquer manifestação, mas de uma das suas mais preclaras e necessárias, pois é certo que o Estado moderno (isto é, o Estado capitalista) deposita nesse poder sua principal fonte de manutenção, para a sua organização e exercício das atividades públicas irrenunciáveis, resolvendo e executando funções e serviços de ordem e de extensão várias.

Esse poder tributário se encontra tradicionalmente ligado à noção de jurisdição e por sua vez esta última tem permanecido vinculada, também por tradição, à noção de território nacional. Entretanto, o comércio eletrônico, como tudo que transcorre via Internet, não tem necessária amarração a um território determinado, nem dá demasiada atenção aos limites políticos e geográficos demarcadores das fronteiras nacionais.

Assim, da mesma forma que a atividade empresarial foi levada a adotar posturas e conceitos diferentes nos seus ofícios, a partir da implementação do *e-commerce*, também o Estado deve estar alerta para as novas formas de exercício da sua potestade tributária, sob pena de vê-la minguar sensivelmente.

É, pois, um dos mais destacados objetos deste estudo, a tentativa de levantar alguns pontos acerca de como o Estado pode participar dessa nova realidade, qual seja a das operações realizadas via Internet, potencialmente geradoras de tributos.

2. O comércio eletrônico como objeto da tributação

2.1. Princípios que devem orientar a tributação das operações realizadas via Internet

Qualquer ramo do conhecimento científico, para garantir respeito e utilidade às suas proposições, necessita ostentar uma razoável coleção de princípios, base sobre a qual são desenvolvidas todas as atividades de cunho investigativo do específico segmento. Acerca da força dos princípios, diz Ronaldo POLETTI (1996, p. 285) que esses são “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”.

Pois no ainda incipiente campo da tributação do comércio eletrônico, apresenta-se um rol de princípios, os quais sem dúvida hão que ser somados aos princípios gerais do Direito e mais especificamente aos princípios do Direito Tributário, visando dar crédito e utilidade aos fins propostos por essa atividade arrecadadora estatal.

A sedimentação de uma razoável carta de princípios norteadores da tributação ora em estudo tem sido preocupação de entes estatais e de entidades não-governamentais, a exemplo do *Center for Strategic & International Studies* (CSIS), tradicional instituição pública norte-americana, dedicada à pesquisa e à análise do impacto da tecnologia da informação na sociedade e na estrutura do Estado, que no contexto do seu projeto *Global Information Infrastructure Comission* (GIIC) publicou importante documento, sob o título *E-commerce taxation principles: a GIIC perspective*, analisando os postulados a seguir destacados.

O primeiro deles, nominado nos circuitos acadêmicos como princípio da neutralidade, indica que deve o Estado abster-se de criar novos impostos ou taxas exclusivamente para o comércio eletrônico. Em complemento, entende o CSIS, por meio do GIIC, que a necessária e imprescindível tributa-

ção incidente sobre operações empresariais realizadas com o intermédio da Internet não deve ter por base o número de bits transmitidos ou descarregados (*downloaded*) (Cf. UNCITRAL model law on electronic commerce with guide to enactment 1996, 2002).

Como uma espécie de sub-princípio ou de postulado decorrente da neutralidade, Francisco A. LAGUNA (2001, p. 40) destaca a posição da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), segundo a qual o comércio eletrônico não deve ser submetido a impostos adicionais discriminatórios ou não equitativos, estabelecendo, assim, uma cláusula impeditiva de bi-tributação. Ainda sobre a vedação de dupla tributação, é posição assumida pelo CSIS, no GIIC, de que esta deve ser evitada, sob pena de se inibir o desenvolvimento do comércio eletrônico, devendo ser eliminados os riscos de que o usuário da Internet seja alvo de múltipla taxação, o que poderá ser feito se forem adotadas definições, conceitos e termos consistentes.

Outro princípio é o da eficiência, segundo o qual os custos administrativos para a imposição, a fiscalização e a arrecadação dos tributos incidentes sobre as operações *on-line* devem ser pautados no mais baixo nível possível, de sorte a não implicar uma desnecessária elevação dos custos para que as empresas cumpram regularmente a legislação tributária pertinente. Nessa linha de raciocínio, não devem os Estados lucubram engenhosos artifícios de ampliar os seus recursos por meio do filão comércio eletrônico, restando indene à tentação de criar tributos específicos para o *e-commerce*. Se não atentarem para essas linhas de conduta política, os Estados poderão impor severos reveses ao desenvolvimento empresarial tecnológico, afastando investidores e mutilando, na gênese, um florescente caminho de crescimento das atividades mercantis.

Na rota do princípio da eficiência está também o da flexibilidade. Assim, é preciso que os regimes fiscais sejam maleáveis e abertos às evoluções das regras de mercado

e do avanço da tecnologia, cumprindo o papel extrafiscal de fomentar novos negócios.

Mais um princípio que se pode apontar no seio da tributação dos negócios eletrônicos é o da autonomia relativa desses tratos empresariais ou envolventes de empresas e consumidores. Com efeito, desde a consolidação da grande rede mundial de computadores, situada cronologicamente no Brasil em meados dos anos noventa, têm-se manifestado infrutíferas as tentativas de regulamentação oficial e hermética das relações sociais (afé incluídas as comerciais) travadas via Internet. Essa constatação de saudável *ultima ratio* do Estado não pode ser esquecida quando da análise da tributação das operações realizadas por esse avançado meio da tecnologia da informação. Assim, é recomendável que os governos respeitem a liberdade das empresas, dos usuários e dos fornecedores, para que estes discutam e regulem questões como segurança, privacidade, interoperabilidade e verificação e autenticação das transações via Internet, somente intervindo em casos extremos, a exemplo da tipificação criminal de condutas absolutamente intoleráveis, inclusive no meio administrativo e tributário. É oportuna a advertência que não está sendo aqui feita uma apologia ao *laissez-faire* ou ao absentismo desmesurado do Estado em matéria de tributação. Estimula-se, é verdade, a conjunção dos primados da necessidade e da moderação.

De acordo com o *princípio da certeza*, as regras tributárias incidentes sobre as operações eletrônicas devem ser lavradas com o máximo de clareza, de sorte a permitir que as pessoas (físicas ou coletivas) possam entender, sem desvios ou maiores dificuldades, as obrigações às quais estão sujeitas, cumprindo-as com um baixo (ou inexistente) índice de inadimplência. Esse princípio, decorrente próximo do *princípio da legalidade tributária*, tem gênese no Direito Penal, onde é estudado sob o nome jurídico de princípio da *lex certa* ou *princípio da determinação taxativa*, que já constava do rol de cláusulas

garantistas integrantes do opúsculo *Dos delitos e das penas*, do Marquês de Beccaria¹.

Rotulado pelo binômio eficácia e justiça, tem-se o princípio segundo o qual o efetivo empenho do Estado na cobrança de tributos deve ser voltado para a arrecadação de receitas necessárias e suficientes para o custeio das atividades oficiais típicas, devendo ser residual a missão sancionadora e extrafiscal dos tributos, a exemplo de multas ou outras penalidades por descumprimento das regras jurídicas pertinentes.

Também pode ser apontado como princípio reitor da tributação em análise o chamado *princípio geral da territorialidade*, definidor da competência de quem pode e deve cobrar o tributo, pois, segundo o GIIC (UNCITRAL..., 2002), é ele eficaz, seguro, simples e neutro, devendo ser ressaltado, no entanto, que “é possível que o princípio da tributação em razão do local de consumo seja mais difícil de ser implementado que o princípio da tributação na origem do fornecimento do bem ou serviço”.

Mesmo enfrentando discussão acerca dos conceitos escolhidos, o GIIC (UNCITRAL..., 2002) aponta como princípio ou critério inominado da tributação incidente sobre operações *on-line* o de que o fornecimento e o comércio de produtos em forma digital “como livros, software, imagem, música ou informação devem ser tratados como fornecimento de serviços, não como fornecimento de produtos ou coisas tangíveis.”

2.2. O conceito de comércio eletrônico

Nesta quadra do trabalho, imperioso se faz um esboço do que pode ser considerado comércio eletrônico, para encarte no tema de tributação das operações *on-line*. Seria apenas uma operação de mercancia, esteada nas milenares regras de comércio, apenas realizada através da moderna via da Internet? Ou seria um novo paradigma negocial, totalmente isolado das experiências anteriores? Haveria, em vez do radicalismo dos extremos, uma posição terciária em que

fossem contemplados elementos das duas afirmativas antes esboçadas? Parece que a última indagação encontra resposta positiva, máxime diante da constatação de que o universo negocial estudado labuta com operações comerciais que prescindem de indicativo seguro do local de origem e do destino final do trato e das suas conseqüências jurídicas e materiais.

Assim, pode ser arriscado um conceito de comércio eletrônico como sendo o complexo de transações comerciais e financeiras levadas a efeito por intermédio do processamento e da transmissão de informações, aí incluídos textos, sons e imagens, sendo que essas informações podem constituir, por si somente, o objeto primacial da transação ou apenas um acessório desta.

Inserido no campo das relações sociais que são levadas a cabo através dos meios informáticos, o comércio eletrônico ganhou a rotulação universal de *e-commerce* e pode ser dividido, para fins operacionais ou didáticos, em:

a) ajustes celebrados entre empresas, em operações conhecidas pela sigla *B2B* (*business-to-business*), nos quais as empresas podem atuar como usuárias, é dizer, como vendedoras ou compradoras, ou como provedoras de meios ou de serviços de Internet para o comércio eletrônico, a exemplo das empresas provedoras (America On Line, Terra etc.) ou das instituições financeiras;

b) vendas diretamente das empresas aos consumidores, formando o *B2C* (*business-to-consumers*), em operação na qual as empresas vendem os seus bens ou serviços diretamente ao destinatário final, através de um site *web*.

Outra divisão possível trata o comércio eletrônico como direto ou indireto, nos termos da opinião do professor italiano Cristiano GAMBARINI (2002), que pode assim ser sintetizada:

a) comércio direto – é aquele em que o pedido, o pagamento e o envio de bens intangíveis ou de serviços realiza-se integralmente por meio da *web*, a exemplo do que

ocorre com a venda dos *softwares* ou da prestação de consultoria;

b) comércio indireto – neste, apesar de os atos negociais serem celebrados com o intermédio da Internet, a distribuição ou a entrega dos bens ou serviços são ultimadas por vias convencionais, a exemplo do meio postal ou do transporte aéreo, ferroviário, rodoviário, náutico etc.

Assim, tem-se um retrato da relativa complexidade do tipo de comércio objeto desta análise, que guarda forte identidade com as formas tradicionais de mercancia, a exemplo das vendas telefônicas e daquelas realizadas com a utilização de catálogos de produtos e preços.

2.3. A expansão do comércio eletrônico e o seu posicionamento no contexto econômico no Brasil e no Mundo

A expansão dos negócios travados via eletrônica é contemporânea da discutível globalização da economia. É possível que exista um forte elo entre esses dois fenômenos de mercancia e serviços, muito embora não possa ser atribuída à Internet a exclusividade dos efeitos deletérios da mundialização da economia, posto que esta foi arcabouçada por meio de um projeto político bem mais ambicioso, que tomou por base e por finalidade a elegia à livre iniciativa (a doutrina neoliberal), coincidente com a derrocada do poderio da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, no limiar dos anos noventa do século passado. Mas o inegável é que os novos paradigmas de trabalho e de circulação de riquezas inseridos na sociedade hodierna pela Internet constituem excelente cartão de visitas para a doutrina do novo liberalismo. Assim, por exemplo, quando um operário especializado é despedido de uma indústria de mecânica fina, posto que o seu lugar foi ocupado por um robô, fica mais fácil para o setor de recursos humanos da fábrica animá-lo a estabelecer o seu próprio negócio solitário de terceirização de serviços, a partir de um microcomputador doméstico, o que não ocor-

ria nos anos sessenta ou setenta do século vinte, época em que uma cruzada de piedade e de indignação universal encaminharia o novo desempregado para as ligas de protesto ou para a miséria, muitas vezes temperada pelo alcoolismo ou pela criminalidade patrimonial.

A constatação de que muitos tipos de negócios firmados pela via eletrônica alimentam a doutrina neoliberal pode ser medida com os números que organismos estatais ou não-governamentais apresentam acerca do volume de transações levado a efeito por intermédio do mencionado caminho. Só a título de exemplo, são reproduzidos nesta quadra do ensaio informações divulgadas no *site* da Receita Federal², para onde são dirigidos os créditos e as responsabilidades pelos dados a seguir reproduzidos, registrando-se, por ser de justiça, a advertência ali contida, de que a dinâmica “e a crescente importância do comércio eletrônico é bem documentada na imprensa internacional. O volume das operações, no entanto, carece de uma estimativa precisa e confiável”. Eis a síntese:

- As previsões acerca do volume das operações do comércio eletrônico por ano variam de vinte a cento e cinquenta por cento.

- A maioria das empresas que realizam pesquisas do tipo acima referidas tomam por base o tráfego na Internet e não as vendas efetivamente efetuadas, sendo necessário lembrar que a maioria dos acessos implica mera consulta e não negócios realmente concretizados.

- A empresa *Boston Consulting Group* estima em duzentos e quinze milhões de dólares o volume de negócios do tipo B2C (venda ao consumidor) realizado na América Latina em 2000. O Brasil é responsável por oitenta por cento desse universo, num montante de cento e setenta milhões de vendas *on-line*, projetando-se um crescimento para dois bilhões e seiscentos e quarenta milhões para 2003.

- *Edge Group*, firma de consultoria, dá conta que o comércio eletrônico teve fatura-

mento de duzentos milhões de dólares no Brasil, no ano de 1999, e em três anos esse movimento irá para a casa dos quatro bilhões de dólares.

- A *International Data Corporation*, consultora norte-americana, avalia que o *e-commerce* movimentou quatrocentos e quarenta e nove milhões de dólares no Brasil durante o ano 2000.

- Para a Fundação Getúlio Vargas, o comércio eletrônico envolveu, em 2000, no Brasil, 0,43% do mercado total B2B e 0,16% dos negócios B2C, ficando patente que o maior potencial de crescimento do *e-commerce* está no segmento dos negócios interempresariais, já que as vendas empresa–consumidor dificilmente ultrapassarão 10% do total das vendas varejistas tradicionais.

- O site B2B Mercado Eletrônico, por seu diretor Márcio Mansur, afirma que o B2B totalizou, no Brasil, três bilhões e trezentos milhões de dólares em 2000, sendo possível o seu crescimento para setenta e seis bilhões de dólares em 2004.

- Nos Estados Unidos, as vendas B2C foram estimadas por R. Josten, com relação a 1998, em sete bilhões e oitocentos milhões de dólares com previsão de cento e oito bilhões para 2003.

- O movimento do *e-commerce* no Mundo variou de cem bilhões a quinhentos bilhões de dólares em 2000, segundo a *Forrester Research*, que prevê um movimento universal entre um trilhão e quatrocentos milhões e três trilhões e duzentos milhões de dólares, para o ano de 2003.

A disparidade dos números, em favor do B2B, pode ser explicada pela incerteza que o consumidor final e singular ainda detém em relação aos negócios celebrados pela via virtual.

Austan GOOLSBEE (2002, p. 14), economista e pesquisador da Universidade de Chicago, dá conta que durante o ano de 1998 o governo dos Estados Unidos deixou de arrecadar quatrocentos e trinta milhões de dólares em impostos, entre estes a maior parte correspondente a taxas estaduais (sí-

miles do ICM brasileiro), em razão da inércia tributária ante o comércio eletrônico, prevendo ainda uma situação mais preocupante pois, segundo a empresa de pesquisas *Forrester Research*, as vendas *on-line* nos EUA crescerão, até 2003, cerca de setenta por cento.

Tem-se, pois, um inequívoco crescimento das operações eletrônicas no panorama econômico mundial, com inescandível prevalência, atual, dos tratos entre empresas, mas sem poder ser desconsiderada uma alvissareira ampliação do B2C advinda, principalmente, da ruptura de vários preconceitos negociais ainda existentes em relação às compras virtuais, superação essa que pode ser (e possivelmente será) conseguida com a consolidação de uma ética empresarial forte para a área, em que a fíducia e crescerá como elemento preponderante. Paradoxalmente, numa sociedade mesclada pelo “Admirável mundo novo” idealizado por Aldous Huxley, a firmação dos *cyber* negócios terá como fortíssimo esteio insumos que foram cruciais para os tratos fechados na base do fio de bigode, prática bastante difundida no Brasil colonial e na Velha República: a palavra e a honradez.

2.4. De como reage a tributação, diante do comércio eletrônico

É inescandível a antipatia que a sociedade nutre sobre a imposição e a cobrança de tributos. Tanto que historicamente a figura do agente arrecadador é repulsada por particulares ou empreendedores e a lei que institui tributos sempre é tida, pelo potencial pagador, como uma norma de recusa social. Com efeito, por mais que o contribuinte acredite que o governante vai dar bom uso à riqueza arrecadada, ainda paga o tributo sob protesto e deseja, sinceramente, ver a sua quota de contribuição diminuída ou extinta.

Assim, decorrência psicológica dessa aversão coletiva ao pagamento de tributos é que tanto o contribuinte direto com o substituto tributário criam os embaraços possíveis

para que a máquina arrecadadora estatal não funcione a contento. Mas, mesmo de baixo dessa aura de indesejabilidade, o contribuinte – digamos – real é compelido pela cogência das leis a dispor das informações que lhe forem solicitadas pelos agentes da administração tributária.

Já diante da realidade do *e-commerce*, as dificuldades aumentam, especialmente no que diz respeito aos registros das operações, que podem ser escamoteados por meio de manobras tecnológicas. A fraude tem campo fértil no mundo da informática, sendo necessária a adoção de medidas de fiscalização mais compatíveis com as facilidades do comércio *on-line*.

O baixo índice de intermediação varejista nas operações de *e-commerce* pode significar um entrave à fiscalização e à arrecadação de tributos, tanto os incidentes sobre vendas e serviços, como os de renda.

Deve ser lembrado que são os varejistas os responsáveis pela retenção e pelo recolhimento de muitos dos impostos aqui referidos (ISS, ICMS, IR etc.). E aí é que são postos os desafios ao Estado, para melhor aparelhamento da sua máquina de tributação, fiscalização e arrecadação.

3. Provedor: insumo imprescindível para os negócios do mundo web e as perspectivas da tributação sobre ele incidente. Natureza jurídica do serviço prestado, para fins de tributação

O provedor de acesso é o instrumento através do qual a clientela *web* ingressa no mundo da Internet. Configura, em primeiro olhar, uma espécie de clube virtual, por meio do qual pessoas (físicas ou jurídicas) idealmente se reúnem, a partir daí ingressando no espaço etéreo da rede mundial de computadores. Assim visto, pode ser considerado um mero suporte técnico para permitir a conexão entre os interessados, via Internet. Mas, a exemplo do que acontece com os clubes existentes no ambiente convencional, os provedores geralmente agregam ao seu mis-

ter original uma gama infinita de prestação de serviços, que vão desde a publicidade veiculada nos seus portais (*banners* etc.) até a intermediação de negócios ou a realização de consultoria *on-line*, passando pela divulgação de músicas ou de outras mídias.

Mas, visto que as atividades desenvolvidas por um provedor não estão limitadas apenas a patrocinar a conexão de pessoas à Internet, e tomando-se em conta a necessidade de tributação de todos os meios de movimentação de riquezas ou de serviços, qual seria a natureza jurídica da atuação dos provedores, para fins de exação? Para Gilberto Luiz do AMARAL (2002) está lançada a dúvida, firmada entre os chamados serviços de qualquer natureza (prevendo incidência de imposto sobre serviços – ISS) e os serviços de comunicação (desafiando o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – ICMS), explicando que, apesar da dissensão doutrinária existente,

“a corrente majoritária é de que se trata de serviços taxados pelo ISS, inclusive com precedentes jurisprudenciais. Mas o problema não se encerra aí, pois daí vem a questão do local da prestação do serviço (recentemente o STJ pacificou que o ISS é devido no local da prestação do serviço, independentemente do local do estabelecimento do prestador)”.

Entretanto, o assunto não é tão singelo como aparenta ser, notadamente pela distinção dos entes tributantes, ocupantes de faixas autônomas na organização do Estado, é dizer, os Estados-membros e os Municípios. Mesmo que a análise tenha por paradigma um provedor de acesso que tenha nesse mister a sua única atividade (não servindo de portal de propaganda ou de realização de pesquisas etc.), as dificuldades não são apoucadas, como será visto a seguir.

Do ponto de vista técnico, há o questionamento acerca do fato de o provedor prestar um *serviço de comunicação* ou de prestar um mero *serviço*, em sentido estrito. E o esclarecimento dessa dúvida é de fundamental importância para a incidência da tribu-

tação, já que a competência para instituir impostos sobre a comunicação é conferida aos Estados e ao Distrito Federal, conforme está lançado na Constituição Federal. Já a tributação incidente sobre a prestação de serviços (sem a especialidade de comunicação, como acima destacado) está englobada, também por imperativo constitucional, na competência dos Municípios.

A propósito do tema, Fernando Facury SCAFF (2001, p. 415), concluindo pela inviabilidade da cobrança do ICMS, em razão de o aspecto material da hipótese de incidência trazida na Constituição (art. 155, II) não estar presente no fato impositivo realizado pelos provedores de acesso, afirma que estes não são prestadores de serviço de comunicação, pois, em verdade, assim não agem, sendo certo que a sua atividade “consiste em disponibilizar um *locus* para que sejam conectadas as linhas de acesso à Internet e conhecidos os conteúdos veiculados pela rede em qualquer parte do mundo. Está muito mais próximo do conceito de *locação* do que do de *serviços*”.

Ampliando a discussão sobre o assunto, não pode ser esquecido que a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, disciplinando a organização dos serviços de telecomunicação, cuidou de traçar um rol de conceitos úteis à aplicação da própria lei e que servem também ao sistema jurídico-tributário como um todo, pré-traçando, no seu art. 61, a distinção entre serviço de telecomunicações e serviço de valor adicionado. Tem-se daí que o serviço de valor adicionado é a atividade que junta a um serviço de comunicações novas utilidades relacionadas ao acesso às redes de informática, cuidando de armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, dando suporte ao serviço, mas sem se confundir com este.

Mais adiante, no § 1º do mencionado art. 61 da Lei 9.472/97, está consignado que o serviço de valor adicionado não constitui serviços de telecomunicações, sendo o provedor de tal prestação um usuário daquele

serviço (o de telecomunicações) que lhe dá suporte. Usuário que é, o provedor tem direitos e deveres próprios dessa classificação.

A inserção do provedor como usuário, por força de lei, tem o condão de excluí-lo do rol dos prestadores de serviço de telecomunicação (diferentemente do que ocorre, por exemplo, com as empresas de telefonia, atualmente atuando no país sob o regime privatístico, sucedendo as paraestatais outrora reinantes no ramo). Assim, localizados os provedores de acesso como tomadores dos serviços de telecomunicação (e não – repita-se – como prestadores destes), é incontornável a conclusão de que não existe a hipótese de incidência deflagradora da exigência de recolhimento do ICMS, subsistindo, entretanto, as obrigações próprias de um consumidor final.

Mas, excluída a possibilidade de recolhimento do ICMS pela prestação do serviço típico de provedor de acesso, remanesce a exigibilidade do ISS sobre as operações, feitas pelo mesmo provedor, envolvendo *conteúdo* (ex: divulgação de *banners* propagandísticos, realização de pesquisas qualitativas etc.)? Ao que parece, há, nesse particular, um novo obstáculo de ordem legal a evitar a cobrança do referido tributo municipal. Com efeito, para que as atividades dos provedores de conteúdo sejam tributadas em ISS, necessária se faz a edição de lei complementar listando essa atividade como deflagradora da exigência do imposto, conforme determina o art. 156, § 3º, do Código Tributário Nacional. Aliás, olhando a questão sob o prisma estritamente constitucional, lembra Celso Ribeiro BASTOS (2001, p. 75) o teor do art. 156, III, da Carta Magna, exigente de lei complementar municipal para que seja formada a nominata dos serviços que servem à imposição tributária, e diz: “Portanto, fica explícito que só são passíveis de incidência do ISS aqueles serviços não abarcados pelo ICMS e que constem de lei complementar. Nesse sentido, os servidores de acesso à Internet estão excluídos da incidência do ISS”.

Pelo acima exposto, algumas conclusões podem ser adiantadas, entre estas: a) impossível é a cobrança do ICMS em razão das atividades típicas do provedor de acesso, posto que não desenvolve ele um serviço de comunicação, mas sim uma atividade empresarial que agrega novas utilidades à prestação da comunicação *stricto sensu*; b) não é de todo desarrazoado o intento da cobrança do ISS sobre as atividades do provedor de acesso, sendo necessário, entretanto, que lei complementar, editada em consonância com o regramento competencial previsto na Constituição Federal, elabore lista que contemple os serviços aqui comentados.

4. Imunidade ou isenção tributária em relação às operações virtuais

Não bastassem as dúvidas que pairam sobre o correto enquadramento tributário das atividades realizadas via Internet, notadamente no que diz respeito ao papel dos provedores de acesso ou de conteúdo, outra questão não pode ficar indene aos que ingressam na análise jurídica dessa moderna forma de interação e de negócios entre pessoas físicas e jurídicas. Fala-se aqui da possível imunidade beneficente desse elo tão importante na realidade virtual, que é o provedor.

E não se diga que, uma vez sustentada a impossibilidade atual de cobrança do ICMS ou do ISS em decorrência das atividades prestadas pelo provedor, estaria superada – por desnecessária – qualquer discussão acerca da possível imunidade tributária conferida a tal atividade. É de ser lembrado, por exemplo, que a maioria dos provedores atuam de forma mista, ou seja, como meio de acesso dos contratantes à rede de computadores e como fornecedor de informações jornalísticas, empresariais, lúdicas, institucionais etc. Congregam, não raro, atividades de provedores de acesso e provedores de conteúdo. E é justamente sobre este último viés que pode ser deitada a controvérsia sobre o alcance da imunidade listada no art. 150, inciso VI, “d”, da Constituição Federal.

Não pode ficar sem observação, nesta quadra da discussão, os argumentos de política fiscal que são esgrimidos quando o assunto envolve arrecadação, pelo Estado, dos meios destinados ao custeio da máquina oficial. Assim, tanto em sede de imunidade como no que toca à isenção, não são poucas as justificativas apresentadas para que o Estado não se porte como *absenteísta* em tributar e arrecadar em decorrência das atividades realizadas via Internet. Com efeito, por exemplo, é repetida a afirmação de que, com o crescimento das vendas *on-line* (ainda que abaixo do patamar que se projetava no final do século vinte), a isenção ou a imunidade tributária dessas transações implicaria considerável erosão de receitas a ser suportada pelo Estado, pois os consumidores migrariam do comércio tradicional para a nova via, além da possibilidade de esse mesmo comércio tradicional usar artifícios para se maquiarem de virtual, mirando obter as vantagens do esquecimento tributário. Ocorreria, nessa última hipótese, algo semelhante ao que pode ser constatado em alguns segmentos do comércio varejista popular, em que tradicionais empresas de pequeno ou médio porte optaram por fragmentar os seus estoques e vendedores por meio de bancas de camelô, fugindo da tributação e das obrigações sociais, num perigoso jogo de conseqüências sociais nefastas ou pelo menos duvidosas. O mesmo ocorreu com setores da produção industrial, que migraram para a falácia da terceirização ou para o disfarce da cooperativização, com mesmo fito.

Outro raciocínio que se desenvolve em prol da efetiva cobrança de tributos sobre as operações *on-line* diz respeito ao chamado princípio da justiça tributária, que diante da inação estatal poderia ser maculado. É que, nessa linha de argumentação, toma-se em conta que o perfil dos consumidores via Internet, especialmente em países no estágio de desenvolvimento do Brasil, é formado por pessoas de renda mais elevada e com melhor padrão educacional. A imunidade

ou a isenção implicaria um retrocesso do ponto de vista distributivo, já que as pessoas menos aquinhoadas economicamente, sem acesso à Internet, arcaíam com a quitação tributária indireta, em flagrante desatenção do já referido princípio da justiça tributária.

Do ponto de vista técnico, é possível que, se adotada claramente uma política de não tributação dos negócios praticados via Internet, acontecesse uma corrida das empresas, no sentido de que as suas operações virtuais fossem formalmente separadas das operações convencionais, evitando assim qualquer incidência tributária sobre os negócios *on-line*.

A argumentação em favor da tributação dos negócios eletrônicos passa pela assertiva de que, no sistema tributário brasileiro, a natureza específica do tributo é determinada pelo fato gerador da obrigação respectiva, sendo de relevância nenhuma, para qualificá-la, a denominação e demais características formais traçadas em lei, bem como a destinação do produto da sua arrecadação. Assim, tem-se certo que a prática do comércio por meio eletrônico não desnatura a compra e venda de bens e serviços.

Apesar de todas as agruras enfrentadas pelo Estado para tributar as operações *on-line*, já referidas no curso deste ensaio, destaca-se que, do ponto de vista de política tributária, a conduta omissiva nesse particular implicaria resultados negativos, a exemplo do enfraquecimento da soberania tributária do País. Outrossim, vulnerado estaria o princípio da neutralidade tributária, segundo o qual a legislação pertinente a esse assunto deve ser neutra em relação à atividade econômica, posto que o consumidor-contribuinte não deve ser levado a tomar decisão negocial diferente da que tomaria em razão do fator tributário. Ou seja, o pagamento de um tributo não pode ser o ponto fulcral da influência na decisão de um agente econômico, sendo certo que a isenção do comércio eletrônico afetaria a neutralidade da tributação, já que transa-

ções da mesma natureza seriam tributadas ou não, dependendo da maneira como fossem praticadas (via virtual ou real).

Outro argumento que milita pela cobrança de impostos sobre os negócios eletrônicos diz respeito à equidade da tributação, já que os contribuintes devem ser chamados ao pagamento de tais exações na proporção da sua capacidade econômica. O valor de justiça aqui comentado deixaria de existir se o comércio via Internet não fosse tributado, pois contribuintes com a mesma capacidade econômica, pelos mesmos negócios, pagariam impostos quantitativamente diferentes, a depender da via eleita para fazer a compra (real ou virtual). Assim, a competitividade de uma certa empresa no mercado seria afetada pela sua habilidade de vender os seus produtos ou serviços pela Internet, sendo a sua *performance* avaliada positiva ou negativamente na proporção dos negócios virtuais realizados e não pelos critérios éticos e lógicos da produtividade com eficácia e eficiência.

5. Conclusões

Ao término das análises desenvolvidas neste estudo, algumas conclusões podem ser alinhadas, como adiante se vê.

Assim, é certo dizer que a Internet ingressou nas relações sociais como instrumento de união entre pessoas e interesses, causando reflexos, com muita rapidez, em áreas até de certa forma acomodadas aos padrões tradicionais, como é o caso dos segmentos estatais responsáveis pela tributação e pela arrecadação. O chamado poder tributário está sendo constantemente desafiado a organizar-se de modo a poder auferir riqueza decorrente das operações realizadas *on-line* e que configuram fatos geradores de impostos.

Sendo, como é, um instrumento essencial à prática de negócios via Internet, o provedor de acesso ainda não conseguiu ser satisfatoriamente enquadrado para fins de tributação, posto que ainda perduram dú-

vidas acerca da natureza dos serviços por ele prestados (se de comunicação ou serviço *stricto sensu*, de sorte a definir a destinação dos impostos gerados por sua atuação (estaduais ou municipais).

Afigura-se como perigosa mácula ao poder tributante e à soberania do próprio Estado a hipotética conduta retrativa deste, no campo da tributação, em relação às operações realizadas via Internet. Destarte, desaconselhável, sobre todos os aspectos, a imunidade ou a isenção incidente sobre os negócios *on-line*.

Notas

¹ A propósito do manejo de princípios penais no trato de outras áreas do Direito, valiosa é a contribuição de Edilson Pereira NOBRE JÚNIOR (2000): “Não se duvida que crime ou delito e infração administrativa são entidades distintas em sua essência. Prova disso, vários critérios foram sugeridos pela doutrina para diferenciá-las, dos quais sobressai o de adorno prático, formulado por Guido ZANOBINI, no sentido de que a infração administrativa não integra o Direito Penal, porque a responsabilização do infrator não é tornada concreta pela função jurisdicional, mas pelo Estado no desempenho de uma competência administrativa. (...) Essa distinção ontológica, no entanto, não pode olvidar que, tanto no ilícito criminal como no administrativo, está-se ante situação ensejadora da manifestação punitiva do Estado. Segue-se, em linha de princípio, nada haver a obstar, antes a recomendar, serem os postulados retores da aplicação das punições criminais, cuja sistematização doutrinária e legislativa é bem anterior à ordenação das sanções administrativas, a estas aplicáveis. Há necessidade, porém, de restarem sempre consideradas as peculiaridades das últimas.”

² Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 3 maio 2002.

Bibliografia

AMARAL, Gilberto Luiz. *Internet e tributação: anova economia e a tributação*. Disponível em: <<http://www.tributarista.com.br/content/estudos/internet.html>>. Acesso em: 2 jun. 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Tributação na internet*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tributação na internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2001.

GAMBARINI, Cristiano. *Profili impositivi delle operazioni di commercio eletrônico*. Disponível em: <<http://www.uckmar.com.br/next/gambarini.htm>>. Acesso em: 23 abr. 2002.

GOOLSBEE, Austan. Em primeiro lugar. *Exame, Rio de Janeiro*, n. 1967, jul. 1999.

LAGUNA, Francisco A. *Tributação sobre consumo, vendas e uso no comércio eletrônico*. In: SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo (Org.). *Comércio eletrônico*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Justiça federal de primeiro grau: seção judiciária do Rio Grande do Norte: sanções administrativas e princípios de direito penal*. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/doutrin1.htm>>. Acesso em: 1 ago. 2000.

POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SCAFF, Fernando Facury. *O direito tributário das futuras gerações*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tributação na internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2001.

UNCITRAL model law on electronic commerce with guide to enactment 1996= Lei modelo da UNCITRAL sobre comércio eletrônico: 1996: com guia para sua incorporação ao direito interno. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/temas/info/palestras/legisla%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2002.

Direito e neoliberalismo

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Sumário

1. Introdução. 2. A passagem do Estado liberal ao estado de bem-estar. 2.1. Uma idéia inicial. 2.2. O Estado liberal. 2.3. O Estado social. 2.4. O substrato filosófico e ideológico do Estado social. 2.4.1. O pensamento de Rousseau. 2.5. O Direito no Estado-providência. 2.6. A crise do Welfare State e seus reflexos na realização dos direitos fundamentais. 3. A ideologia neoliberal e a globalização econômica: o impacto no campo da realização dos direitos fundamentais. 3.1. A onda neoliberal. 3.2. O projeto neoliberal e o “empecilho” da democracia. 3.3. O desprezo pelo estado: a verdadeira face do neoliberalismo. 3.4. O Direito no projeto neoliberal. 3.5. Resíduos do neoliberalismo: os impactos nos direitos fundamentais e nas relações sociais. 3.6. Ampliando os espaços de resistência. a) A ética da alteridade e a reconstrução de um novo contrato social. b) O ensino e a práxis do Direito. c) Direitos humanos – concretização da Declaração Universal de 1948. 4. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho parte de uma premissa que vem sendo insistentemente debatida por cientistas sociais, historiadores e filósofos contemporâneos: o século XX foi um período de contrastes, em que se alternaram momentos de positiva vitalidade econômica e política e instantes de dramas morais, políticos e culturais, com reflexos profundos nos valores vigentes na sociedade.

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto é Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco e Professor Assistente da Universidade Federal do Maranhão.

Uma avaliação do “breve século XX” deve obedecer a uma tríplice perspectiva: um primeiro período, denominado a *era da catástrofe* – marcada pelas duas grandes guerras –, em que “uma crise econômica mundial de profundidade sem precedentes pôs de joelhos até mesmo as economias capitalistas mais fortes e pareceu reverter a criação de uma economia mundial única, feito bastante notável do capitalismo liberal do século XIX”. Um segundo momento – aclamado como a *era de ouro* –, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, no qual, não obstante o longo período da guerra fria¹, o mundo ocidental (mais precisamente os países capitalistas desenvolvidos), partindo da posição hegemônica dos Estados Unidos, experimentou um período de crescimento econômico efusivo, com grandes avanços tecnológicos, progresso industrial e acessibilidade a bens de consumo revolucionadores de hábitos sociais. E, finalmente, uma terceira fase, iniciada por volta do ano de 1973, enfocada como as “décadas de crise” (HOBSBAWM, 1999, p. 16-17).

As “décadas de crise” caracterizam-se por profundas e radicais transformações no cenário político e econômico mundial, pela perda dos poderes econômicos dos Estados nacionais, pela derrocada do “socialismo real”, (com a queda do muro de Berlim e de todos os sonhos socialistas cultivados por detrás dele), bem como pelos profundos desnivelamentos sociais, com extremos de riqueza e miséria jamais imaginados por economistas da “era de ouro”.

Na chamada “era de ouro”, não obstante a tendência à utilização de novas tecnologias que dispensavam cada vez mais a mão-de-obra, o impacto do desemprego em massa não pôde ser percebido com tanta nitidez, porquanto a economia cresceu de modo a assegurar ou até mesmo ampliar o número de empregos. E, como salientou HOBSBAWM (p. 262), “se os tempos se tornassem difíceis para eles, não haveria um Estado previdenciário universal e generoso pronto a oferecer-lhes proteção, antes nem

sonhada, contra os azares da doença, da desgraça e mesmo da terrível velhice dos pobres?”.

De fato, contrapondo-se ao *laissez faire* liberal – conquista maior do século XIX, que preconizava um Estado mínimo –, inaugurou-se no século XX um modelo de Estado mais intervencionista. Deste, além das liberdades e garantias individuais já conquistadas, passou-se a exigir a afirmação de direitos sociais, com a função primacial de redimensionar as condições materiais e culturais de vida dos indivíduos, compatibilizando segurança jurídica com segurança social.

Coincide, pois, a “era de ouro” com a era do Estado-providência, na qual aspirações de bem-estar foram positivadas em regras jurídicas, passando a constituir mais do que meras expectativas sociais, mas exigências “judicializáveis”.

No entanto, as “décadas de crise” remarcam o colapso do próprio sistema capitalista, encontrando-se na ordem do dia. Nela ainda estamos imersos e mesmo aqueles que não são capazes de decodificá-la sentem suas conseqüências, seja em razão das alterações na economia de mercado, seja em decorrência das modificações processadas no cotidiano das relações intersubjetivas, com a descompassada aceleração da competição global de todos contra todos².

Afirmar que tal período de desmoronamento não tem seus efeitos restritos ao universo econômico seria tautológico, porquanto não se poderia conceber que os fortes impactos na economia não repercutissem noutras searas, abstendo-se de influenciar profundas alterações nas relações sociais e no campo do Direito.

Analisando os problemas deste final de século no plano político-constitucional, Jorge MIRANDA (1996, p. 98) registra a “chamada crise do Estado-providência, derivada não tanto de causas ideológicas (o refluxo das idéias socialistas ou socializantes perante idéias neoliberais) quanto de causas financeiras (os insuportáveis custos de

serviços cada vez mais extensos para populações activas cada vez menos vastas), de causas administrativas (o peso de uma burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (a quebra da competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de protecção social)”.

A crise econômica mundial está diretamente relacionada com a crise do Estado-providência. Some-se a isso a derrocada do socialismo real, para conceber-se, então, a abertura da trilha conducente à tão festejada “crise do paradigma”. Tal crise é marcada pela desregulação global da vida econômica, social e política.

Nesse terreno germinou o fenômeno neoliberal que, aproveitando-se da indigitada crise global, propôs o absoluto esgotamento dos “velhos paradigmas”, fragilizando conceitos de soberania do Estado-nação e sugerindo a existência de uma nova ordem social.

Como, então, assimilar ou enfrentar profundas alterações propostas (*rectius*, impostas)? Como, por exemplo, aplicar critérios de justiça distributiva num novo cenário cada vez mais adverso à prevalência dos direitos sociais?

Nossa pretensão, neste ensaio, consiste em proceder basicamente a uma análise crítica desses aspectos, questionando verdades estabelecidas. Para tanto, imprescindível se faz um olhar filosófico, ainda que breve, da realidade posta. Em face de seu caráter universal, o traço crítico-axiológico constitui elemento inarredável do conhecimento filosófico (REALE, 1994, p. 48-49). A crítica filosófica possibilita a análise dos pressupostos do objeto do conhecimento, consoante critérios valorativos. Criticar, pois, nas palavras de REALE (p. 49), “é descer à raiz condicionante do problema, para atingir o plano ou estrato do qual emana a explicação possível”.

Tudo isso é evidentemente exercitável mediante uma escala de valores. Ao filosofar, valora-se. É da essência da Filosofia a valoração.

Daí ser possível, sob o ângulo da Filosofia, analisar criticamente os novos rumos delineados para as relações sociais no mundo globalizado, examinando as mutações que se pretende implementar no campo do Direito e seus reflexos na atividade estatal de distribuição de justiça.

Para o desenvolvimento do trabalho, cabe estabelecer, de forma arbitrária, um marco zero: as conquistas sociais que caracterizaram o *Welfare State*. A partir daí é que se propõe a análise das implicações da famigerada investida neoliberal na redefinição do fenômeno jurídico no final do milênio, com sensíveis reflexos no início deste novo século.

A demarcação desse ponto de partida não dispensa certamente o exame dos fundamentos do liberalismo clássico, já que o desenvolvimento do Estado-providência possui um significado de ruptura com um modelo não mais satisfatório.

Em seguida, dirigimos nossa pretensão para um diagnóstico do *Welfare State* e o significado do Direito em tal contexto. As razões do colapso do Estado social constituem objeto de preocupação deste estudo, inclusive como forma de demonstrar a “força” que projetou o ideário neoliberal para o plano da realidade.

Tal força – apresentada por seus artífices como a salvação do capitalismo – tem sido responsável por profundas modificações no terreno da democracia e da própria aplicação do Direito, em face das propostas de desregulação dos espaços públicos, com a diminuição da presença do Estado nos diversos setores da atividade social.

Tudo isso vem sendo cuidadosamente engendrado com vistas a assegurar a liberdade de mercado e sua autoregumentação. O Estado minimiza-se e com ele amesquinham-se os direitos sociais duramente conquistados pelas sociedades modernas.

Como será adiante demonstrado, percebe-se um caráter “neofeudal” nessas novas propostas de regulação que são apresentadas como algo perfeito e acabado, não havendo mais nada a fazer, senão aderir...

Contudo, os insucessos residuais que são deixados pelas políticas neoliberais, notadamente no campo social, com o agravamento dos índices de miséria e desemprego p.ex., revelam “furos” em suas propostas, permitindo enxergar a certeza de que “nem tudo são flores” no neoliberalismo, apesar do manto ideológico que o encobre. Daí a última parte do trabalho dedicada ao estabelecimento de estratégias de resistência à onda neoliberal.

Não há, aqui, a pretensão de apresentar uma resposta pronta e definitiva à problemática que se desvela, mas tão-só de ampliar os espaços de debate, buscando, por meio de um olhar crítico, soluções democráticas para as questões suscitadas.

2. A passagem do Estado liberal ao Estado de bem-estar

2.1. Uma idéia inicial

Os questionamentos acerca do crepúsculo do Estado-providência e da crise do Direito Positivo que se sucedeu a partir daí, em razão das mutações decorrentes do fenômeno da globalização, não podem prescindir de uma avaliação sobre as origens e os fundamentos do *welfare state*. De fato, a crise global detectada na sociedade contemporânea encontra-se fortemente conectada com o esgotamento do *Welfare State* e com a derrocada do socialismo real.

Se no abalo do Estado de bem-estar pode-se encontrar a origem da desintegração sócio-política e das profundas e radicais alterações no plano jurídico, curial é diagnosticar, ainda que de relance, as raízes do Estado providenciário, para, depois, abordar o seu apogeu e o seu declínio.

O Estado social, Estado-providência ou Estado do bem-estar surgiu como oposição ao exaurido modelo do Estado liberal burgueses do século XIX. Há, porém, posicionamentos díspares sobre a evolução e amadurecimento do *welfare state*. Para uns, a dinâmica do Estado-providência residiria, em

síntese, nas drásticas alterações processadas no período entre as duas grandes guerras e no acirramento do confronto entre o capitalismo e o socialismo, reforçado pelo êxito da Revolução Russa de 1917. Para outros, porém, essa leitura seria sobremodo superficial, não traduzindo com a necessária profundidade a idéia-força do Estado-providência, conforme será visto a seguir, com Pierre Rosanvallon.

2.2. O Estado liberal

Desdobrando a primeira linha de raciocínio, vale partir da constatação de que o Estado liberal representou a mais importante conquista sócio-política do final do século XVIII, com a ruptura das concepções absolutistas do poder até então reinantes e a correlata promoção intransigente dos ideais de liberdade e igualdade – marcos da Revolução Francesa de 1789.

A afirmação de um Estado constitucional, de um Estado de Direito, pressupunha a negação de todo e qualquer exercício de poder absoluto. A palavra de ordem consistia na limitação do poder político. A amplitude dos espaços públicos era, pois, contrastada com a exaltação dos valores de igualdade e liberdade, acarretando a minimização das funções do Estado³.

O sentimento prevalecente naquele momento histórico justificava em certa medida esse pensar. Afinal, o Estado absoluto caracterizava-se pela excessiva concentração de poder nas mãos do rei e de seus adeptos. As regras jurídicas eram esparsas e rarefeitas, pairando acima delas a vontade do soberano. Considerando-se esse quadro, natural que o alvorecer da antítese desse modelo primasse pela negação de tudo quanto representasse uma postura absolutista e centralizadora. Era tempo de florescimento da liberdade e da igualdade; tempo de limitar o Estado; tempo de incentivar o individualismo⁴.

Formava-se, assim, ambiente propício ao desenvolvimento da Escola Clássica do Direito Natural, que firmou a base sobre a qual

foi edificado o pensamento jurídico da civilização ocidental, com a reafirmação de direitos fundamentais, nomeadamente a igualdade e a liberdade.

Apesar dessa efervescência teórica, havia, na primeira fase da evolução das “afirmações de direitos”, um enorme vácuo entre a previsão de um “estado de natureza” – segundo o qual todos os homens nascem livres e iguais – e a realidade fática, na qual tais valores universais eram totalmente despidos de eficácia.

Nessa etapa inicial, as declarações de direitos, na análise de Norberto BOBBIO (1992), surgem como teorias filosóficas, com uma feição prospectiva, como um ideal a ser construído⁵.

Numa segunda etapa, a afirmação de direitos do homem, sendo recepcionada pelo “legislador”, passa a constituir a base de um novo Estado, não mais absoluto, porém destinado à satisfação de fins presentes, acima e além dele próprio. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, representa, nessa linha, um primeiro passo na transposição do vazio entre a teorização dos “direitos naturais” e a sua efetividade⁶.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – ponto marcante da Revolução Francesa – realçara, de fato, esses direitos, podendo ser considerada o resultado da consagração dos valores albergados pelo pensamento liberal. Todavia, como registra Ernst BLOCH (apud AZEVEDO, 1999, p. 80), “os anseios primaveris da Revolução Francesa não chegaram a realizar-se. Faltou transformar a liberdade, igualdade, fraternidade do cidadão puramente político em energias vivas dos homens vivos...”.

A terceira fase da formação e consolidação das declarações de direitos – a etapa culminante e sempre inacabada – é marcada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Nela, verificam-se os traços característicos da universalidade e da positivação. Vale dizer, os princípios nela insculpidos são dirigidos a todos os homens, de qualquer Estado, sendo indispen-

sável sua proteção por normas jurídicas, como ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações (cf. art. 2º da Declaração de 1948).

A amplitude dos direitos consagrados na Carta Universal pode ser justificada pela tragédia que representou a segunda grande guerra, com suas radicais transformações sociais e econômicas.

Após a efêmera coalizão entre o capitalismo e o comunismo, destinada a derrotar o nazifacismo⁷, tornou-se nítida e inequívoca a divisão do mundo em duas forças antagônicas, em dois campos ideológicos que passaram a defrontar-se, como sabido, no longo período da “guerra fria”: o bloco capitalista, capitaneado pelos Estados Unidos da América, e o bloco socialista, representado hegemonicamente pela URSS.

Essa contraposição de forças e a necessidade de conter o estigma do comunismo, agora mais fortalecido com a derrota imposta a Hitler, impôs ao capitalismo liberal a necessidade de ampliar o rol dos direitos fundamentais, porquanto o saldo da Segunda Guerra trouxe novas demandas sociais.

Se a Primeira Guerra já havia alertado para a ineficiência de direitos fundamentais previstos apenas formalmente, pondo em xeque o pensamento liberal, os efeitos da Segunda Guerra foram decisivos para o reconhecimento de novos direitos e, o que é mais importante, para o desenvolvimento de uma nova postura do Estado frente aos mesmos⁸.

É nesse ambiente intermédio entre as duas grandes guerras que despontam profundas reflexões críticas acerca da efetividade do plexo de direitos emergente do pensamento liberal. Paulo BONAVIDES (1980, p. 31) registra, nesse passo, a ácida crítica de Alfred VIERKANDT, formulada em 1921, em relação à excessiva retração do Estado diante de exigências sociais cada vez mais crescentes. Segundo aquele autor, a igualdade cunhada pelo liberalismo existia apenas no plano formal, encobrindo um mundo de desigualdade de fato – econômicas,

sociais, políticas e pessoais – e uma liberdade de oprimir os fracos, “restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome”.

No mesmo sentido o comentário de Plauto Faraco de AZEVEDO (1999, p. 82), acentuando que a “experiência histórica mostrou que a concepção liberal do ‘Estado mínimo’ (que hoje quer-se ressuscitar como se fora a mais acabada das aquisições culturais) era incapaz de assegurar a vida digna à maioria das pessoas (...) abandonadas à própria sorte diante da ‘neutra indiferença do Estado’”.

As deficiências do modelo liberal tornavam-se, naquele momento histórico, mais evidentes com o êxito dos ideais da Revolução Russa de 1917 e com o fortalecimento do pensamento socialista que passou a dominar o leste europeu. O Estado comunista revelava-se inabalável à depressão mundial, marcada pelo colapso da Bolsa de Nova Iorque, em 1929. Certamente, não fosse esse dado relevante para a história, o regime soviético consubstanciado no “socialismo real” não se apresentaria como uma “terrível ameaça” aos princípios abrigados pelo liberalismo clássico⁹.

Pode-se afirmar, assim, que dois elementos concorreram de forma entrelaçada para o remodelamento do liberalismo e para reconhecimento de novos direitos de caráter social: a) a grave crise econômica que assolou o mundo no período que medeou as duas grandes guerras, e b) as sombras do triunfo da Revolução Russa de 1917, com o robustecimento do pensamento socialista, vivo agora na experiência bem sucedida do sistema soviético, notadamente após o segundo grande confronto bélico.

Não se pode deixar de mencionar, por outra face, o papel do economista KEYNES na superação do profundo abalo econômico no período “entreguerras”, fator relevante para a sobrevivência do capitalismo e para o alvorecer do Estado de bem-estar social, nos moldes prevaletentes no mundo ocidental.

O autor de *O fim do laissez-faire* (1926), denunciando a arbitrária repartição da renda, pregava, em síntese, a intervenção do Estado no domínio econômico, por meio de uma política fiscal e da regulação das taxas de juros. Com isso, considerava ser possível o restabelecimento de níveis satisfatórios de emprego, criando, pois, ambiente propício ao consumo – requisitos essenciais para o desenvolvimento econômico. Ao mesmo tempo, buscava KEYNES instituir maior equidade social¹⁰.

2.3. O Estado social

A partir da segunda guerra mundial, os delineamentos de um modelo de Estado social intervencionista, providenciário, vão-se tornando mais evidentes. De fato, como asseverado anteriormente, a crise econômica então reinante aprofundou os vazios deixados pela postura negativista do Estado, deixando transparente a contradição existente entre o valor da igualdade jurídico-formal, preconizado pelo modelo liberal, e as desigualdades sociais cada vez mais incisivas. A liberdade política pouco significava sem a presença efetiva de meios destinados ao seu exercício pleno.

O Ocidente, dominado pela estrutura capitalista, temia que a deterioração das condições materiais de existência social conduzisse a uma escalada rumo ao modelo socialista que se fortaleceu no pós-guerra. Conforme destacado por Paulo BONAVIDES (1980, p. 211), o “velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise”.

Nesse quadro, registra HOBBSBAWM (1999, p. 176-177) que, enquanto florescia o pensamento teórico basilar do modelo neoliberal, com o trabalho de Friedrich von Hayek a defender enfaticamente a liberdade de mercado, os “governos capitalistas estavam convencidos de que só o intervencionismo econômico podia impedir um re-

torno às catástrofes econômicas do entre-guerras e evitar os perigos políticos de pessoas radicalizadas a ponto de preferirem o comunismo, como antes tinham preferido Hitler”.

O capitalismo do período pós-guerra modificou-se radicalmente e com ele o comportamento do Estado frente às demandas sociais. Surge, assim, um modelo reconhecido da importância da classe trabalhadora e das aspirações social-democratas.

As preocupações dominantes do modelo estatal que se desenhava eram o estabelecimento de uma política de pleno emprego e de efetivação de direitos sociais, como a previdência e a educação. Nada disso o velho *laissez faire* poderia oferecer. Estabeleceu-se, pois, uma espécie de conjunção entre liberalismo econômico e democracia social.

A realização desses novos desígnios exigia profundas modificações na postura do Estado. Outrora mínimo, neutro, o Estado passou a ser intervencionista, providenciário. Reestruturou-se o Estado, passando da abstenção à ação, redirecionando-se à tarefa de integrar a igualdade jurídica à igualdade social mediante prestações positivas.

Convém assinalar que tal comportamento não consistia evidentemente na negação dos avanços decorrentes do liberalismo político e econômico, mas sim na ampliação daquelas conquistas, rumo à cristalização das transformações sociais intensamente exigidas. Tem-se aí o desenho do *Welfare State*: “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises

econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social” (BONAVIDES, 1980, p. 208).

2.4. O substrato filosófico e ideológico do Estado social

A linha de abordagem até aqui desenvolvida levou em consideração apenas aspectos sociais e econômicos conducentes ao caminhar histórico do absolutismo ao modelo de Estado de bem-estar social, passando pelo liberalismo clássico.

A natureza do presente trabalho não poderia desprezar, por evidente, o exame das matrizes ideológicas que viabilizaram a sedimentação dos ideais materializados pelo *Welfare State*, o que nos conduz irremediavelmente a uma perspectiva filosófica¹¹.

Questionando todos os fenômenos de dominação, a filosofia não poderia deixar de contribuir, com a visão crítica que lhe é própria, para o delineamento das vertentes propiciadoras da superação de obstáculos à consecução dos ideais igualitários que permearam o Estado-providência.

Daí a necessidade de abordar aquela que talvez seja a mais importante construção teórica subjacente à escalada histórica rumo ao Estado de bem-estar social.

2.4.1. O pensamento de Rousseau

Considerado o maior pensador do século XVIII, Jean-Jacques Rousseau foi apontado por KANT como o “Newton da moral” e pelo poeta H. HEINE como a “cabeça revolucionária da qual Robespierre nada mais foi do que a mão executora”.

Nascido em Genebra, no ano de 1712, Rousseau imortalizou-se como autor do célebre *Contrato social*. Mas é noutro não menos importante escrito, o “Discurso sobre a desigualdade”, que ROUSSEAU constrói o

mito do *bom selvagem*, segundo o qual o homem, em seu *estado natural*, é bom e despido de instintos violentos. Socializado e condicionado às injunções culturais, o homem embrutece, sendo tomado por incontáveis vícios.

A expressão “estado natural” constitui uma “categoria teórica que facilita a compreensão do homem presente e suas opressões”¹². Em ROUSSEAU, no mundo primitivo tudo pertencia a todos. A desigualdade e a hostilidade nascem com a idéia da propriedade¹³.

No *Contrato social*, ROUSSEAU (1999, p. 9) principia com a advertência de que o homem nasce livre e por toda a parte se encontra agrilhado. Qual, então, a proposta revolucionária suscitada pelo filósofo genebrino? A reconstrução – responde-se – de um novo modelo social, com base na *vontade geral*. Esta, por seu turno, consistiria numa ressocialização calcada no interesse comum.

A *volonté générale* – marco da sua passagem de uma visão pessimista para uma perspectiva otimista da realidade social propugnada por ROUSSEAU – traduzir-se-ia na negação dos interesses privados e egoísticos do homem, redimindo-o e reconduzindo-o a um pensar coletivo e socializante, com a formação de um corpo moral. A vontade geral pressupunha, pois, a renúncia aos interesses individuais, em prol da consecução dos interesses da coletividade. Trata-se, sem dúvida, da proposta de um novo pacto social, no qual uma inédita e revolucionária visão de liberdade se apresenta: a liberdade condicionada à felicidade geral, à satisfação do interesse comum.

Para tanto, imprescindível seria o alinhamento a uma “consciência pública”, exercitável pelo Estado. É por meio deste que se alcança a prevalência da vontade geral¹⁴.

A vontade geral é encarnada no Estado, levando ao esvaziamento do indivíduo e da sua individualidade, bem como à sua absorção pelo corpo social, sem deixar restos.

É nesse ponto que a teoria do contrato social sofre com interpretações díspares e

conflitantes. Sob o prisma ideológico, o pensamento rousseauiano pode ser reduzido a três correntes básicas, na precisa síntese de Paulo BONAVIDES (1980, p. 188): a primeira, que vê na vontade geral “a idéia de integração política, de onde se parte para o Estado totalitário das modernas variantes conservadoras e reacionárias”; a outra, que não percebe coerência nem unidade lógica em sua doutrina, mas sim contradições insuperáveis; e a terceira, composta por aqueles que associam a doutrina de Rousseau “à evolução do moderno pensamento político e, tanto quanto os primeiros, mas de modo distinto destes, percebem a admirável linha de unidade a que se prestam, para uma construção doutrinária mais firme, os princípios políticos versados nas obras capitais do pensador”.

Não obstante esses contraditórios pontos de vista acerca do pensamento do filósofo genebrino, afigura-se incontestável a importância da construção teórica da vontade geral. Por esta, como já foi acentuado, o indivíduo aliena-se, abdicando do individualismo tão festejado pelo liberalismo clássico, para vincular-se à vontade de todos ou da maioria. O indivíduo abre mão de sua liberdade singular, para inserir-se num todo, em que deve prevalecer a igualdade. Como observa Cabral de MONCADA (1995, p. 234), por meio deste processo “o indivíduo integra-se num todo, enriquecendo; troca a sua liberdade natural por uma liberdade política; em vez de uma liberdade negativa, de exclusão e oposição contra o Estado, assume robustecida uma liberdade nova, positiva, de integração e colaboração dentro de um todo de que faz parte, e que é esse mesmo Estado”.

Ora, identificando-se a vontade geral com a “vontade soberana do Estado” (MONCADA, 1995, p. 235) e estando o exercício da liberdade vinculado à prevalência daquela, percebe-se a negação à idéia da excessiva individualidade preconizada pelo pensamento liberal, para conceber-se uma nova proposta de inserção do indiví-

duo no meio social, no qual o exercício de seus direitos é interdependente dos demais membros da coletividade.

Vislumbra-se nesse encadeamento de idéias, não uma proposta totalitária de Estado, mas sim um reencontro do indivíduo com a possibilidade de coexistência harmônica, caracterizada pelo conjunto das liberdades exercitadas pelo “homem civil”.

A vontade geral constitui a essência da democracia social, pois não basta, para ROUSSEAU, um Estado forte, mas sobretudo um Estado no qual seja possível a realização da liberdade política¹⁵.

Sob essa perspectiva, o pensamento rousseauiano revela a gênese dos ideais embalados pelo Estado social, porquanto o “homem não existe [...] no particular, senão no geral; é social e não individual” (BONAVIDES, 1980, p. 189).

Enfatizando a proposta democrática, a filosofia de Rousseau libera o caminho para a realização de profundas transformações sociais, com bases populares representadas pelo consentimento geral.

Não havendo liberdade sem Estado, e inexistindo Estado sem “adesão geral”, ROUSSEAU propõe, para muito além do liberalismo individualista, uma concepção de Estado em que as liberdades políticas constituem o combustível indispensável à promoção do bem comum. Substitui-se, como bem destaca MONCADA (1995, p. 245), o conceito jusprivatístico de uma liberdade contra o Estado pelo conceito juspublicístico de uma liberdade política só possível dentro do Estado.

Tudo isso está, sem dúvida, na raiz do modelo do Estado Social. Daí a conclusão esposada por Paulo BONAVIDES (1980, p. 201-202), segundo a qual Rousseau “assinála precursoramente o fim da metafísica individualista da burguesia e cria tecnicamente o acesso à democracia social, com a preservação da liberdade”. A vontade geral serve de “conteúdo e base ao novo Estado social por que há de reger-se a evolução doutrinária das democracias ocidentais”.

2.5. O Direito no Estado-providência

A partir dos contornos acima definidos, pode-se afirmar que o direito no Estado de bem-estar ou Estado-providência tem a função primacial de realizar a justiça social, no sentido de distribuir com equilíbrio e proporcionalidade os direitos e deveres entre os indivíduos, eliminando, na medida do possível, as desigualdades existentes¹⁶.

Já foi dito que, principalmente a partir da segunda grande guerra, o Estado evoluiu de seu modelo liberal-burguês para uma feição mais democrática e social. Nesse passo, a concepção de Direito sofreu sensível variação, não mais se caracterizando apenas como veículo instituidor de “liberdades” contra o Estado. De fato, para muito além de uma visão individualista, na qual valores de liberdade, segurança e propriedade deveriam preponderar, o Direito no Estado social assumiu uma postura prestacional, preocupando-se nitidamente com a realização efetiva do homem-cidadão¹⁷.

Para tanto, não bastavam apenas os chamados “direitos de liberdade”, já assegurados no âmbito do Estado liberal. Desenvolveram-se, pois, os direitos sociais (educação pública, saúde pública, previdência e assistência social, meio ambiente sadio etc.), ao mesmo tempo em que se procurou reconhecer um conteúdo positivo aos direitos de liberdade.

Nada disso seria possível sem o alvorecer de uma democracia representativa, desconcentrando-se o exercício do poder. Sem isso, novos direitos não encontrariam terreno propício a um regular desenvolvimento. Como destaca Norberto BOBBIO (1992, p. 41), “a luta pela afirmação dos direitos do homem no interior de cada Estado foi acompanhada pela instauração dos regimes representativos, ou seja, pela dissolução dos Estados de poder concentrado”.

Com a proclamação de novos direitos fundamentais, denominados direitos sociais, assumiu o Estado uma inédita missão, promovendo e realizando direitos, em prol

do bem-estar dos indivíduos. Não mais se fazia suficiente a liberdade contra o Estado ou em relação ao Estado, que marcou a primeira fase da evolução dos direitos do homem. Superando a segunda etapa de consolidação de direitos políticos, expressa, no dizer de BOBBIO, no exercício das liberdades no Estado, impunha-se, agora, a *liberdade mediante o Estado*. Por isso, tais direitos foram denominados “direitos prestacionais”, visto que exigiam a realização de prestações positivas do Estado, em prol da realização de novos valores de cidadania¹⁸.

Esse novo estágio dos direitos fundamentais que, no dizer de BOBBIO (1992, p. 33), expressa o “amadurecimento de novas exigências” constitui marca indelével do Estado social, revelando um firme propósito de eliminação de desigualdades materiais, com a ampliação dos espaços para o real gozo das liberdades fundamentais.

A concretização dos direitos sociais exigiu, portanto, um perfil ativo do Estado, de moldo a alcançar a igualdade material e a adequada harmonização com os direitos de liberdade.

Por outro lado, a crescente exigência de prestações tendentes à superação de desigualdades tornou inevitável a tarefa cometida ao Estado, consistente na moderada mitigação de liberdades, contrabalanceando interesses que eventualmente pudessem entrar em rota de colisão.

Essa compatibilização dos direitos fundamentais, na busca das igualizações pretendidas, caracterizou, de igual sorte, o Estado providenciário, revelando seu forte papel intervencionista. E não poderia ser de outro modo, em face da heterogeneidade dos direitos fundamentais (políticos, econômicos, sociais, culturais) cujo leque se ampliava¹⁹.

Pode-se asseverar, em arremate, que a positivação do Direito no Estado social levou em conta as sensíveis transformações econômicas, verificadas primordialmente após a Segunda Guerra Mundial, e o despontar de novas exigências sociais. Deli-

neou-se, pois, um Estado de Direito cuja preocupação básica era a realização de justiça social, com vistas a assegurar condições de existência com padrões mínimos de dignidade.

2.6. *A crise do Welfare State e seus reflexos na realização dos direitos fundamentais*

A eficácia dos novos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional requer, como visto, uma ação concreta e incisiva do Estado. Vale dizer, exige-se do Estado a implementação de políticas públicas conducentes à promoção dos direitos a prestações sociais materiais.

Essa postura representa, na prática, um papel intervencionista do Estado na atividade econômica e, a par disso, maior prestação de serviços públicos.

Todavia, o incremento dos serviços estatais, para o atendimento das novas e crescentes demandas sociais, acarretou evidentemente o aumento de gastos públicos. Tal fenômeno, diagnosticado como hipertrofia do Estado social, terá contribuído para sua derrocada?

O colapso do *Welfare State* tem merecido de argutos analistas diversas avaliações. Colhe-se em Pierre ROSANVALLON (1997) importante reflexão sobre os possíveis fatores conducentes à chamada “crise do Estado social”. Segundo o autor, não é apenas a extensão do Estado ou o peso das despesas sociais que está em causa, mas, sobretudo, as relações entre este e a sociedade.

Nesse passo, apresenta ROSANVALLON três explicações possíveis. Uma primeira justificativa residiria no surgimento da dúvida quanto à idéia da igualdade como finalidade social. A igualdade passou a não mais ser considerada como um valor imprescindível numa sociedade motivada pelo desejo de diferença. Há uma “crise de representações do futuro”, resultado de uma espécie de avaria no imaginário social. Conforme Pierre ROSANVALLON (p. 28), “ninguém fala dos progressos sociais do futuro,

ninguém formula os objetivos de uma nova etapa, ninguém se arrisca a descrever utopias concretas”, mas o que prevalece “é a perspectiva de manter conquistas que estão sendo ameaçadas”²⁰.

Outra explicação consistiria na crise de solidariedade vigente. O Estado-providência, na condição de agente central de redistribuição e de organização de solidariedade, atuando como uma grande interface, substitui a ação isolada dos indivíduos por um comportamento prestacional positivo. Contudo, o incremento dessas interfaces coincide com o aumento da retração social. As relações sociais distanciam-se cada vez mais da organização de solidariedade criada pelo Estado social, tornando-a opaca e abstrata. Nas palavras de ROSANVALLON (p. 37), na atualidade, “a interface estatal tornou-se muito opaca e sobretudo os mecanismos de expressão da solidariedade automática estão cada vez mais isolados das formas de sociabilidade intermediárias [daí resultando] um custo cada vez mais elevado dos serviços sociais do Estado-providência em relação ao que representariam os custos do encargo desses serviços em nível mais descentralizado”.

Finalmente, uma terceira explicação plausível para a crise do Estado-providência estaria na modificação da *equação keynesiana*. Fulcrada na combinação de eficácia econômica, justiça social e liberdade, a equação de John Maynard KEYNES foi decisiva para a sobrevivência do capitalismo após o colapso econômico entre as duas grandes guerras mundiais. Enxergando o elemento social como estruturante interno da dinâmica econômica, KEYNES considera o Estado-providência necessário à redistribuição social, a fim de que progresso social e eficácia econômica caminhem juntos. Destaca, porém, Pierre ROSANVALLON (p. 42) o questionamento da política keynesiana provocado pela crise econômica e sua impotência para reduzir o desemprego, gerando fissura profunda no seio do Estado-providência.

Boaventura de Sousa SANTOS (1996), a seu turno, relaciona o definhamento do Es-

tado-providência com a transformação operada nas duas últimas décadas no fenômeno da cidadania social²¹. Para o cientista social lusitano, a crise em tela resulta do próprio esgotamento do regime de acumulação consolidado no período pós-guerra, denominado “regime fordista”²².

Tal crise possui, ainda na ótica de Boaventura de Sousa SANTOS (p. 249), uma dimensão político-cultural caracterizada por um confronto entre a subjetividade (pessoal e solidária) e a cidadania (atomizante e estatizante). Segundo o autor, “a cidadania social e o seu Estado-providência transformaram a solidariedade social numa prestação abstracta de serviços burocráticos benevolentemente repressivos, concebidos para dar resposta à crescente atomização da vida social mas, de facto, alimentando-se dela e reproduzindo-a de modo alargado.”

Nesse ponto, o pensamento de Boaventura Sousa Santos coincide com a opinião de Pierre ROSANVALLON (p. 33), quando este assinala o abalo intelectual do Estado providenciário, consistente na crise de solidariedade. Distante das relações sociais reais, a rede de solidariedade que esse Estado providenciário promove acha-se cada vez mais abstrata, realizando verdadeiro embaralhamento daquelas.

Não sendo este o objeto do presente trabalho, impõe-se apenas ressaltar que, independentemente dos reais fatores que propulsionaram o colapso do *Welfare State*, não se deve perder de vista que tal crise não atinge somente o Estado. A crise é primordialmente da sociedade, comprometendo, noutro passo, o próprio sentido da cidadania, da democracia, bem como a efetividade dos direitos fundamentais.

No que toca à representação democrática²³, é oportuno registrar que a decadência do Estado-providência implicou a desconexão daquela com as aspirações sociais básicas, vinculando a democracia – confinada, agora, ao estrito espaço político (*stricto sensu*) – a interesses corporativos de cunho globalizante.

Convém melhor explicitar esse ponto. A ampliação do processo de democratização em determinada sociedade pode decorrer, entre outros fatores, da migração da democracia política (aqui entendida como o ato de votar) para a democracia social, exercitável nos diversos espaços sociais (família, escola, empresa etc.). Trata-se da passagem da democratização do Estado à democratização da sociedade a que se refere, com propriedade, Norberto BOBBIO (1997, p. 55-56). O desenvolvimento da democracia não é aferido em face do número de pessoas com direito a voto, mas, antes, a partir da quantidade de instâncias nas quais ela é exercida.

Acontece, porém, que o colapso do Estado de bem estar social implicou o enfraquecimento da própria democracia representativa²⁴. A crise de solidariedade que marcou o declínio do Estado-providência revela-se também pela apatia política, acirrando o “indiferentismo” e, com ele, o fenômeno do conformismo das massas.

Por outro lado, a multicitada crise do Estado social compromete sensivelmente a efetividade dos direitos fundamentais, em razão da crescente desregulação e minimização do Estado.

De fato, menos Estado significa reduzir a sua atividade prestacional, ou seja, sua potencial capacidade de, mediante prestações positivas, promover a igualdade material, mitigando as desigualdades sócio-econômicas. Pode-se inferir daí que a retração do Estado não conduz diretamente ao aumento de liberdade, tampouco à plenitude da cidadania.

Tudo isso constitui reflexo inescandível das distorções do fenômeno da globalização econômica. A redução do Estado – traço fundamental da crise antes descrita – guarda íntima relação com as alterações processadas no cenário mundial, embaladas pelo pensamento neoliberal, provocando radicais transformações no cenário do Direito e da justiça. A esse tema dedicaremos os tópicos seguintes.

3. A ideologia neoliberal e a globalização econômica: o impacto no campo da realização dos direitos fundamentais

3.1. A onda neoliberal

O neoliberalismo constitui o suporte ideológico-político das mudanças efetivadas nas relações entre Estado e sociedade, em resposta à crise econômica que começou a ser desenhada a partir dos anos setenta.

Enquanto doutrina, o neoliberalismo nasceu como reação teórica à ascensão do modelo de Estado de bem-estar logo após a Segunda Grande Guerra. Seu texto-mãe é creditado a Friedrich HAYEK (1990?), denominado *O Caminho da servidão*, no qual são questionadas de forma veemente quaisquer limitações impostas à economia de mercado, por parte do Estado.

Curiosamente, enquanto os pilares do Estado-providência estavam sendo construídos na Europa, os teóricos do neoliberalismo sintonizavam seu discurso, manifestando firme oposição àquilo que consideravam uma letal ameaça à liberdade econômica e política, capaz de conduzir a uma “moderna servidão”.

A doutrina neoliberal era de todo incompatível com o keynesianismo e o solidarismo que então preponderavam nos alicerces do Estado social. Realizando um balanço do neoliberalismo, Perry ANDERSON (1995) registra que os “avisos neoliberais”, dos quais eram articulistas Hayek, Milton Friedman, Karl Popper, Lionel Robbins, entre outros, não produziram, na época, o impacto desejável, num período em que o capitalismo associado às políticas providenciárias florescia, atingindo seu apogeu na chamada “era de ouro”²⁵.

Sobreveio, contudo, profunda instabilidade do modelo econômico, a partir de 1973. Verificou-se no mundo capitalista uma sensível desaceleração das taxas de crescimento econômico aliada à elevação das taxas de inflação. Os reflexos sociais seriam inevitáveis.

veis. Desemprego em massa, miséria, profundas desigualdades sócio-econômicas vieram à tona, enfim, com surpreendente força. A era de ouro anunciava seu crepúsculo.

Enquanto nos chamados países periféricos os índices de pobreza e miséria avançavam em proporções alarmantes, a inquietação social nos países capitalistas ricos, tais como os Estados Unidos, Austrália e Canadá, era menos perceptível, em razão dos “sólidos” sistemas de seguridade social ali existentes. Apesar disso, e como consequência dessa “malha” que absorvia os profundos reflexos da crise, as economias nesses e em diversos outros Estados tornavam-se mais sensíveis, ante o alto custo da manutenção dos benefícios sociais.

Surgia, dessarte, terreno propício à implementação do pensamento neoliberal. Em plena crise capitalista, acirrava-se o debate entre keynesianos e neoliberais, com a apresentação de modelos absolutamente inconciliáveis entre si²⁶.

A história registra que paulatinamente ganharam corpo, nos diversos quadrantes, as idéias preconizadas pela doutrina neoliberal. Fator de grande impulso, sem dúvida, foi o colapso do “socialismo real”, marcado pela derrocada do modelo comunista da Europa Oriental. A hegemonia neoliberal se impunha, então.

Num breve resgate histórico, vale registrar que a experiência neoliberal pioneira se deu no Chile, durante a ditadura Pinochet, que, nas palavras de Perry ANDERSON (1995, p. 19), “começou seus programas de maneira dura: desregulação, desemprego massivo, repressão sindical, redistribuição de renda em favor dos ricos, privatização de bens públicos”. Quase uma década depois do “balão de ensaio” chileno, o programa neoliberal se instalava, em 1979, na Inglaterra, com o Governo Thatcher. A seguir, avançou nos Estados Unidos, com Ronald Reagan, na Alemanha, com Kohl, espalhando-se por quase todos os países do norte da Europa ocidental. Na América La-

tina, impôs-se no México (1988), na Argentina (1989), no Peru (1990), na Venezuela (1989) e no Brasil. Aqui, o sopro neoliberal foi sentido com maior nitidez a partir do Governo Fernando Collor.

Em síntese ligeira, a sociedade assistiu passivamente ao gradativo triunfo neoliberal, com o surgimento de uma “nova ordem mundial”, cuja expressão de ordem basilar consiste em “menos Estado e mais mercado”²⁷.

3.2. O projeto neoliberal e o “empecilho” da democracia

O objetivo básico da política neoliberal é “libertar a acumulação de todas as cadeias impostas pela democracia” (PRZEWORSKI²⁸ apud ARRUDA JÚNIOR, 1997, p. 63).

A necessidade de assegurar a prevalência das decisões de mercado conduz inelutavelmente a um minimalismo estatal, de modo a desarticular qualquer forma de resistência às exigências do capital privado.

Se, no campo econômico, o neoliberalismo prega a desregulação e o não-intervencionismo estatal, no campo político o projeto neoliberal assenta-se na despolitização das relações sociais e na limitação ou, como querem alguns, no redirecionamento da democracia.

Como anota BOBBIO (1997, p. 114), o “liberalismo é, como teoria econômica, fator da economia de mercado; como teoria política, é fator do estado que governe o menos possível ou, como se diz hoje, do estado mínimo (isto é, reduzido ao mínimo necessário)”.

Não há dúvida quanto à íntima relação entre as duas vertentes do pensamento liberal, pois uma eficiente forma de diminuição do Estado aos mínimos termos consiste em retirar dele o domínio da arena em que se desenvolvem as relações econômicas, tornando excepcional a intervenção do poder político nos negócios econômicos.

A redescoberta do liberalismo – para usar a expressão do filósofo italiano – proclama, de um lado, a prevalência da força

de mercado contra as peias do Estado e, de outro, a falácia da máxima e irrestrita liberdade.

Além disso, constitui quintessência da hegemonia ideológica do neoliberalismo o enfraquecimento do Estado, com sua submissão a interesses transnacionais e a conseqüente fragilização do conceito de soberania nacional.

Há no projeto neoliberal um nítido propósito de rechaçar a social-democracia – responsável pela produção do Estado de bem-estar, a qual é posta em implacável fogo cruzado: da direita (neoliberal) e da esquerda (comunismo, consoante o modelo que predominou na antiga União Soviética)²⁹.

Mas, afinal, por que a democracia se apresenta como um empeco aos ideais propostos pelos adeptos do novo liberalismo? A resposta a essa pergunta não pode prescindir da consideração de um outro aspecto enfaticamente apontado pela nova versão do liberalismo, qual seja a ingovernabilidade dos Estados assistenciais, cada vez mais pressionados por demandas sociais e sem lastro financeiro suficiente para atendê-las na forma reivindicada.

No Estado-providência, a conquista de direitos sociais está intimamente conectada com a maior possibilidade de participação dos indivíduos, numa revelação de seu forte poder social. As oportunidades de participação são asseguradas pelo próprio Estado, como condição para o comprometimento da ordem política com a idéia de uma esfera pública ativa.

Na análise da cientista política Nuria Cunill GRAU (1998, p. 35), com apoio em García Pelayo, a “conexão do princípio da igualdade com o ideal de participação, no contexto da idéia da autodeterminação, leva inclusive a assumir a necessidade de ampliar a própria esfera do exercício democrático”. Assim, observa a autora, com apoio em García Pelayo, que a “participação na formação da vontade estatal deve ser aperfeiçoada por uma participação no produto nacional, através de um sistema de presta-

ções sociais e com uma participação na democracia interna das organizações e das empresas, através de métodos como o controle operário, a co-gestão e a autogestão”. Dessa maneira, prepondera a noção de que o Estado social pressupõe sempre a democracia política, mas, para além disso, reafirma sua inclinação à adoção da democracia social, com características específicas de uma democracia econômica e uma democracia empresarial.

Esse é precisamente o núcleo da crise de governabilidade ou da ingovernabilidade sistêmica³⁰. O sistema gerou expectativas que não mais podem ser respondidas com a intensidade almejada pelo Estado. O projeto hegemônico do neoliberalismo, aproveitando-se desse momento de debilidade, lança-se, pois, com força total e implacável e, de dedo em riste, imputa à democracia a pecha de entrave a ser, senão descartado, pelo menos redimensionado.

Há, ainda, um outro importante aspecto a considerar. A democracia foi o veículo conducente ao delineamento do Estado assistencial. Não há como dissociar o fortalecimento deste do desenvolvimento da democracia, já que foram os regimes democráticos que propiciaram a formulação de novas exigências, as quais, por sua vez, levaram à formação de novos direitos sociais.

A democracia nos moldes praticados no Estado assistencial atingiu seu ponto extremo ao não estabelecer limites ao mercado político. Instalou-se, assim, uma incontível democracia de massa, responsável, de certa forma, pela gama de exigências sociais impostas ao Estado.

Mas como observa argutamente Norberto Bobbio (1997, p. 123), essa relação não se estabelece apenas de “baixo para cima”, ou melhor, das camadas sociais para a elite governante. Segundo o autor, ao interesse do cidadão eleitor de obter favores do Estado corresponde o interesse do político eleito ou a ser eleito de concedê-los.

Instala-se, assim, uma espécie de “mercado político”, no qual, a exemplo do mer-

cado econômico, prevalece aquele que mais, e melhor, atende às expectativas da clientela, mediante a oferta de maiores e melhores “vantagens”³¹.

Na ótica do novo liberalismo, é fundamental romper com o modelo democrático vigente no *Welfare state*, pois isso representa, antes de mais nada, eliminar os caminhos para a “saturação” do Estado e para a “asfixia” da liberdade econômica, causadas por demandas de cunho social.

Isso significa, sobretudo, que, na vertente neoliberal, a preservação da democracia não constitui prioridade. Prioritária, sim, é a restauração dos fundamentos não políticos da sociedade. Importa resguardar as decisões de mercado. Importa “desmassificar”, ou seja, desestruturar as organizações para propiciar a “espontaneidade” de uma outra instância social, o mercado³².

Daí a necessidade de conter a democracia, na visão do “novo liberalismo”. Mas eliminá-la, simplesmente, e instaurar Estados totalitários poderia representar uma interminável contradição com a “liberdade” que o neoliberalismo pretende assegurar no mercado. Ademais, haveria insuperáveis resistências às propostas neoliberais, por parte de sociedades mais desenvolvidas, se, junto com aquelas, fosse apresentado um discurso explicitamente totalitário. Convém mascarar, pois. Para tanto, ao mesmo tempo em que desarticula e despolitiza as relações sociais, o neoliberalismo exalta a liberdade como princípio moral intangível e absoluto³³. O deslocamento do centro das decisões para a sociedade não quer nem Estado forte (no sentido providencial), tampouco sociedade politicamente articulada. Quer apenas mercado aberto e robustecido, imune aos influxos de uma sociedade neutralizada e de uma cidadania entorpecida, cada vez mais tibia e indiferente.

Qual será, então, o novo papel reservado à democracia dentro desse cenário? Se esta – a democracia – não mais deve articular demandas populares, o que dela esperar? Eis aí uma das facetas mais perversas

do fenômeno neoliberal, reveladora de sua força de manipulação.

Pretende o neoliberalismo uma completa reformulação do modelo de democracia representativa, por considerá-la incompatível com sua proposta básica de deslocar o eixo central decisório para o espaço da produção, renegando o espaço da cidadania. A nova realidade desenhada exige, então, uma readequação da democracia.

Essa requalificação pressupõe a redução da democracia a um aspecto puramente procedimental. Desativando as demandas populares, a democracia prestar-se-ia apenas a definir o procedimento, o método destinado a legitimar a administração do Estado, sem a potencialidade de criar e/ou fortalecer uma autonomia decisória nas instâncias políticas.

Com tal coloração, a democracia revelar-se-ia impotente para transformar a “vontade popular” (expressada por meio do sufrágio) em poder substantivo. Como observa Nuria Cunill GRAU (1998, p. 40-41), “o discurso a favor da redução do papel das instituições públicas estatais não se torna em algo que fundamenta a ampliação do espaço político a favor da sociedade [mas, ao contrário], a ‘administração’ da participação política, a ‘funcionalização tecnificação’ da participação social e a concepção da democracia como ‘método ou procedimento’ convertem-se nas expressões concretas da valorização particular da instância social que, definitivamente, parece fundamentar o deslocamento das decisões em direção a ela, na necessidade não apenas de estabelecer controles ao governo, mas, também, de desativar as demandas populares”.

É, portanto, firme o propósito da ideologia neoliberal de reduzir a democracia a um sistema de regras do jogo alheio aos antagonismos sociais, dissociado dos fins e valores que devem inspirar a dinâmica social.

Essa concepção minimalista atende perfeitamente à idéia de Estado ínfimo, vez que, tornando a democracia vazia de significado social, esvazia-se, por extensão, a ins-

tância político-governamental. Fica-se, pois, diante da viva expressão política do neoliberalismo – o “neoconservadorismo” (cf. BORON, 1995, p. 78).

3.3. *O desprezo pelo Estado: a verdadeira face do neoliberalismo*

O Estado mínimo preconizado pelo novo liberalismo não significa necessariamente “Estado fraco”.

A vertente neoliberal propugna um Estado mínimo, capaz de permitir a mobilidade do mercado, e, ao mesmo tempo, um Estado forte, no sentido de ser apto a assegurar e a fazer respeitar a “espontaneidade” das regras de mercado.

O minimalismo estatal é, pois, em certo sentido, uma falácia, um engodo, uma inebriante cortina de fumaça destinada a ocultar e, principalmente, entreter possíveis adversários.

Adverte, nesse sentido, Óscar CORREAS (1996, p. 4-5) que, ao propor menos Estado e mais sociedade civil, o projeto neoliberal refere-se, no primeiro caso, aos controles do capital, e, no segundo, às empresas privadas. E o mais chocante – continua ele – é o fato de se haver conseguido introduzir no imaginário jurídico e social “la idea que el neoliberalismo está contra del estado y a favor de la ciudadanía.” Daí sua crítica incisiva:

“Lo que pasa es que el estado, del cual la izquierda es enemiga, es, precisamente, el estado del que los liberais no dicen nada, al cual no han propuesto achicar el estado comandado por los jercas del capital – o por sus empleados –, porque sin ese estado no podrían estupidizar el imaginario colectivo y reproducir esta ideologia insulsa. O al estado casado con el narcotráfico, sin cuyas ganancias, invertidas en empresas, no en el bienestar de nadie, no conseguirían niveles mínimos de reproducción ampliada de su capital. De ese estado no dicen que debe haber ‘menos’. Ni del que compra armamento inútil, como no sea para la represión de los propios

ciudadanos, cuyas asociaciones dicen querer que crezcan. Ni del que prohíbe comerciar con Cuba, o vota en la ONU a favor del hambre de lons niños irakies. Ni tampoco del estado que reprime a los invasores de tierra, o al que controla el comercio ambulante – ‘competencia desleal’, que le dicen a esa forma de desempleo encubierto. Y qué decir del estado torturador: quién há oído a un campeón del neoliberalismo preocuparse por los derechos humanos – como no sea el de los empresarios a disfrutar de la propiedad que compran con el fruto de ‘la propiedad privada’?” (p. 5).

Há, ainda, uma faceta mais perversa na proposição do “Estado mínimo”, sob o manto neoliberal: deplorar tudo o que possa advir do Estado como algo inútil, ineficiente, perdulário, ou, o que é pior, contaminado de corrupção emanada de uma grande malha de funcionários “ociosos e ímprobos”. Trata-se, em síntese, de desqualificar o “público”, numa cínica e deturpada exaltação do “privado” (“menos Estado, mais sociedade civil”) (cf. BORÓN, 1995, p. 78).

É esse discurso repulsivo que tem conduzido, por exemplo, ao desmantelo da educação pública, à crescente privatização dos serviços de saúde e à descrença galopante na capacidade do Estado de prover a segurança dos cidadãos, abrindo o espaço ao surgimento das milícias privadas.

Tudo isso possui o nítido e insofismável objetivo de desprestigiar a capacidade regulatória do Estado e criar alternativas de auto-regulação social que prescindam do intervencionismo estatal. Promove-se, nesse sentido, uma lógica de fragmentação do poder, na qual o Estado não regula nem limita, mas apenas alarga o campo da auto-gestão, chegando a níveis transnacionais.

3.4. *O Direito no projeto neoliberal*

Não há dúvida de que toda essa pretendida redefinição de perfil do Estado e da sociedade civil reflete de forma significativa no Direito, notadamente em sua expressão positiva. Isso se evidencia com maior

nitidez a partir da perspectiva de que os modelos de tensão social e política no Estado liberal, no *Welfare state* e no pretenso Estado neoliberal são diferenciados.

Com efeito, no Estado liberal, os conflitos são marcadamente interindividuais, ao passo que no Estado-providência as tensões estabelecem-se entre classes. A seu turno, no projeto neoliberal, os conflitos instalam-se entre corporações, sendo de natureza interorganizacional.

No Estado liberal, o Direito empenha-se em regular basicamente as exigências de liberdade e igualdade, numa “sociedade de indivíduos” que, calcada no valor “segurança jurídica”, busca conter as arbitrariedades e o despotismo do Estado contra os cidadãos. No Estado-providência, cujo valor básico é a “equidade”, o Direito empenha-se em promover relações sociais menos desiguais, atuando positivamente (a redundância é proposital) em prol de um equilíbrio substantivo. Já as políticas neoliberais sugerem um Direito “reflexivo”, centrado na valoração das subjetividades, que não impõe nem sanciona, mas tão-só propicia e incentiva a formação de espaços de negociação e de auto-regulação³⁴.

É intuitivo que, prevalecendo no ideário neoliberal uma proposta de prevalência das forças de mercado e descentralização do exercício do poder, o Direito, enquanto produção normativa, ponha-se a serviço da realização desse propósito. Assim, o Direito perde o caráter redistributivista e finalístico, preponderante no Estado de bem-estar social e, impulsionado pela globalização do mercado e pelo enfraquecimento do Estado-nação, assume uma feição de instrumento estimulador de interações e negociações entre as organizações responsáveis pelo redirecionamento da sociedade.

A tarefa posta ao Direito no projeto neoliberal é, destarte, propiciar a auto-resolução de conflitos, criando normas procedimentais capazes de viabilizar a redução das tensões, sem coerção ou intervenção controladora. Para muito além da criação de me-

canismos de proteção de indivíduos ou classes, a preocupação desse Direito “reflexivo” é “desenvolver uma engrenagem normativa adequada a esse cenário de fragmentação do poder e, por conseqüência, de polícentrismo: engrenagem essa em condições de forjar uma racionalidade jurídica nova e apta a superar a permanente tensão entre as racionalidades formal e material subjacente aos padrões legais desenvolvidos no âmbito do Estado liberal e do Estado providenciário ou social” (FARIA, 1999, p. 194).

O projeto neoliberal, em síntese, proclama uma estrutura jurídica fragmentada e policêntrica, debilmente sancionadora e providencial, incentivadora da formação de espaços de auto-regulação (v.g. negociação e arbitragem), distante do “espaço da cidadania” e inserida no “espaço da produção”.

3.5. Resíduos do neoliberalismo: os impactos nos direitos fundamentais e nas relações sociais

Despreocupado em *prover* e mais empenhado em “autonomizar” as relações de mercado, o projeto neoliberal apresenta resíduos lastimáveis no campo da realização dos direitos fundamentais. Trata-se do fenômeno, tantas vezes proclamado no meio acadêmico, da *crise dos paradigmas*.

Como resultado da dilapidação do Estado social – tarefa a que tanto se dedicou a ideologia neoliberal –, houve um vital enfraquecimento dos direitos fundamentais sociais positivados em inúmeras Constituições modernas. Apenas para exemplificar, direitos anteriormente assegurados como fruto de conquistas sociais, tais como irredutibilidade de salários, aposentadoria integral e estabilidade no emprego, passam no discurso neoliberal à condição de privilégios odiosos e sérios entraves à desejável “autodeterminação do mercado”, bem como à efetividade de planos econômicos impostos aos países “emergentes” como o único e verdadeiro caminho da redenção econômica.

O desmantelamento dos direitos sociais promovido pelo projeto neoliberal é apre-

sentado com a ambígua e escamoteadora denominação de “flexibilização”, cujo traço marcante é, principalmente, a “deslegalização” de direitos previdenciários e trabalhistas.

Não é à toa, pois, que, no Brasil, o Governo passado, comprometido com o ideário neoliberal e empenhado na inserção do país no mercado globalizado, tenha-se dedicado tanto à realização de mudanças drásticas na Constituição Federal, “flexibilizando” direitos sociais.

O neoliberalismo, como visto, despreza o direito, notadamente quando se trata do direito a ter direitos.

O grande resíduo resultante da onda neoliberal é a dramática elevação dos índices de exclusão social e o agigantamento do fosso entre ricos – que se tornam mais ricos – e pobres, agora elevados (ou melhor, reduzidos) à categoria de miseráveis. Esse acirramento de desníveis sociais constitui reflexo inocultável do desprezo à promoção dos direitos fundamentais sociais que predomina no pensamento neoliberal.

Mas não é só no campo dos direitos sociais que se projeta a crise desencadeada pelo sopro neoliberal. Como bem revela Ingo Wolfgang SARLET (1999, p. 137), “a diminuição da capacidade prestacional do Estado e a omissão das forças sociais dominantes, além de colocarem em xeque a já tão discutível efetividade dos direitos sociais, comprometem inequivocamente os direitos à vida, à liberdade e à igualdade (ao menos no sentido de liberdade e igualdade real), assim como os direitos à integridade física, propriedade, intimidade, apenas para citar os exemplos mais evidentes”.

De fato, debilitando-se direitos sociais e agudizando-se as desigualdades sócio-econômicas, elevam-se os níveis de violência rural e urbana, com manifesto prejuízo a outros direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Na feliz síntese de Agostinho Ramalho MARQUES NETO (1999, p. 226-227), o “modelo neoliberal, que se vem impondo avas-

saladoramente em escala mundial, tende a um esvaziamento dos direitos que gradativamente se foram incorporando ao patrimônio jurídico dos sujeitos, considerados tanto sob o prisma individual quanto coletivo; e, nesse sentido, movimenta-se em sentido contrário à tendência de acumulação de direitos e de ampliação dos espaços de reivindicação e de exercício da cidadania, que caracterizou estes dois últimos séculos no Ocidente”.

Trata-se, sob essa ótica, de um retorno ao período anterior ao da proclamação de direitos, verificado na segunda metade do século XVIII, denominado pelo autor, em linguagem metafórica, de “infância do Direito”³⁵.

Por outra face, a hegemonia do pensamento neoliberal provoca mudanças estruturais no bojo das relações sociais, alterando até mesmo padrões de comportamento.

A desregulação preconizada, o esfacelamento do Estado- providência e o estímulo à economia social de mercado têm proporcionado a implementação da política do “salve-se quem puder”, com o acirramento do indiferentismo social.

O novo pensamento liberal afirma-se, assim, sob o signo de uma concepção excessivamente individualista de coexistência social, em que a competitividade constitui fator preponderante, numa sociedade vazia de valores e de sentido³⁶.

Será plausível falar num retorno a um modelo de *Estado hobbesiano*, no qual o homem assume cada vez mais a postura de “lobo” de seus semelhantes? A esse respeito, vale lembrar que, segundo Thomas HOBBS, em seu *Leviatã*, os homens encontram-se em estado natural de guerra de todos contra todos; um estado em que a tendência é a apropriação individual daquilo que é necessário para sua sobrevivência e conservação.

O insulamento social é decorrência direta das práticas neoliberais, pois nelas a solidariedade é valor a ser desprezado e esquecido, assumindo em seu lugar um pro-

fundo sentimento de insegurança pessoal.

A fragmentação que ressalta do ideário neoliberal atinge em cheio os indivíduos, os quais passam a ter uma convivência desagregadora e excludente, em incontrastável paradoxo com os festejados caminhos da globalização.

Enfim, a exacerbação do fenômeno da exclusão – saldo direto das políticas neoliberais – traz a reboque o agravamento de tensões cada vez mais distanciadas de sentimentos de solidariedade, tais como práticas discriminatórias em relação a minorias sociais e transferências de responsabilidade pela “crise” social instalada às próprias vítimas desta (a perambulação de crianças nas ruas seria atribuível aos pais que não as mantêm em casa; a mendicância em elevadíssimo percentual decorreria do desinteresse pelo trabalho etc.)³⁷.

3.6. Ampliando os espaços de resistência

À vista desse quadro, é possível resistir à cruzada neoliberal? A resposta a essa indagação pressupõe o desnudamento da “ideologia da fadiga”.

Com efeito, um dos maléficos reflexos do novo liberalismo é a produção de um sentimento de absoluta impotência diante da “força” que cresce e devora a tudo e a todos. Essa impressão mais se dissemina e se consolida em face do fenômeno da globalização da economia, responsável pelo entrelaçamento das diversas sociedades em todo o mundo. É o que Óscar CORREAS (1996) denominou de “ideologia do cansaço”, traduzida pela sensação de que “nada há que fazer”, senão esperar ser tragado pela onda neoliberal.

É absolutamente necessário denunciar esse manto ideológico de inércia e romper as amarras que impedem o questionamento do discurso neoliberal. Nesse passo, pode-se principiar pelo elenco dos insucessos de tal política no cenário econômico, exatamente naquela seara em que prometia soluções para os “males” causados pelo Estado de bem-estar social.

De fato, para que melhor começo de resistência do que, desmistificando a meta primacial da derrubada da inflação, apontar o acirramento das desigualdades sócio-econômicas, a elevação das taxas de desemprego e os baixíssimos níveis de crescimento econômico nos países da América Latina que implementaram medidas neoliberais, tornando-se reféns do capital transnacional volátil?³⁸.

O neoliberalismo, sem dúvida, consoante ressaltou Óscar CORREAS (1996, p. 3), conquistou fervorosos adeptos, até mesmo entre suas principais vítimas. Mas está longe, muito longe de se constituir uma unanimidade, não obstante o caráter hegemônico que assume.

Como destaca Perry ANDERSON (1995, p. 23),

“Economicamente, o neoliberalismo fracassou, não conseguindo nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado. Socialmente, ao contrário, o neoliberalismo conseguiu muitos dos seus objetivos, criando sociedades marcadamente mais desiguais, embora não tão desestabilizadas como queria. Política e ideologicamente, todavia, o neoliberalismo alcançou êxito num grau com o qual seus fundadores provavelmente jamais sonharam, disseminando a simples idéia de que não há alternativas para os seus princípios, que todos, seja confessando ou negando, têm de adaptar-se às suas normas”.

Assim, curial é a definição de estratégias de resistência, apresentando-se alternativas capazes de desestruturar os pilares de sustentação do neoliberalismo, entre os quais se destacam a passividade (docilidade), a despolitização e a desarticulação social. Alinhem-se, pois, entre tantos, alguns caminhos possíveis:

a) A ética de alteridade e a reconstrução de um novo contrato social

As bases do pensamento liberal remodelado, como já visto, confluem para uma con-

cepção individualista da sociedade. Norberto BOBBIO (1997, p. 127), assinalando a existência de um “novo contrato social”, afirma que o “contratualismo moderno nasce da derrubada de uma concepção holística ou orgânica da sociedade (a concepção segundo a qual, de Aristóteles a Hegel, o todo é superior às partes), nasce da idéia de que o ponto de partida de todo projeto social de libertação é o indivíduo singular com suas paixões (a serem dirigidas ou domadas), com seus interesses (a serem regulados e coordenados), com suas necessidades (a serem reprimidas ou satisfeitas).

O individualismo distorcido que marca a sociedade pós-moderna revela-se responsável pelo estabelecimento de relações de indiferença recíproca que bem se amoldam ao ideal neoliberal das relações de mercado. Isso tudo, como salienta Pietro BARCELLONA (1996, p. 113),

“no sólo libera ao individuo de los vínculos y de las dependencias imputadas por las organizaciones comunitarias anteriores, sino que disuelve toda forma de sociabilidad y por último la posibilidad de producir libremente outra ‘forma de vida’ que presente la confirmación recíproca de la individualidad y de la opción de asignar-se fines comunes (esto es, la exclusión de mediadores económicos de la cooperación necesaria para producir y reproducir la vida)”.

É preciso, pois, contrapor à racionalidade neoliberal, que despreza o homem, um sentido ético de alteridade, que valoriza o *outro* e suas diferenças, tal como sugerido por Agostinho Ramalho MARQUES NETO (1999, p. 229).

Pietro BARCELLONA (1996, p. 117), propondo esse *pensar*, esclarece que “aproximarse al otro significa entonces renunciar a desarrollar la propia voluntad de poder, que llevaría fatalmente a la negación o a la asimilación del otro: significa ejercitarse en la pasividad de dejar sitio al otro, incluso dentro de – y junto a – nosotros”.

Essa renúncia à sede de poder, para Pietro BARCELLONA (p. 117), é mais que um exercício estético. É uma postura com inequívoco significado ético de *desarme unilateral*, potencialmente capaz de “interrumpir para siempre la historia de la violencia y de la explotación del hombre por el hombre y del hombre sobre la naturaleza.”

De outra parte, referindo-se a alternativas de combate à crise do Estado-providência, Pierre ROSANVALLON (1997, p. 86) propõe, a par de uma redução da demanda do Estado, um reencaixe da solidariedade na sociedade e a produção de uma maior visibilidade social.

Pode-se aproveitar aqui o pensamento de ROSANVALLON (1997), especificamente no que concerne aos dois últimos vetores, como meios de oposição de resistências à escalada neoliberal. Assim, a reinserção da solidariedade na sociedade consistiria basicamente na aproximação da sociedade de si mesma, tornando-a mais densa no que toca à existência de variadas formas de sociabilidade. Densificando-se, a sociedade passa, segundo o autor, a valorizar o elemento *solidariedade*, tornando-o fundamental e alternativo ao modelo de sociedade de consumo.

A par disso, faz-se necessário, na análise de Pierre ROSANVALLON (1997, p. 94), elevar a visibilidade social, ou seja, “deixar aflorar mais nitidamente o movimento da sociedade”, tornando o social mais compreensível e, ao mesmo tempo, propiciando a formação de elos de solidariedade mais reais, sem a intermediação do Estado. Consoante o autor, aumentar a visibilidade social é “permitir que se enxertem na sua expressão formas de socialização transversais e solidariedades curtas” (p. 96). Vale dizer, a solidariedade deve assumir na sociedade uma dimensão voluntária, sem regras e/ou processos pré-estabelecidos. Cria-se, dessarte, não apenas uma solidariedade institucional – marca indelével do Estado-providência –, mas também uma solidariedade imediata, somente factível mediante a translucidez da conflitualidade social.

Não estaria aí o embrião da reconstrução de um novo contrato social? Tal indagação conduz à proposta instigante de Norberto BOBBIO (1997, p. 128), segundo a qual, em contraposição ao neocontratualismo dos liberais, seria instituída uma espécie de desvio, de atalho à concepção individualista da sociedade, inserindo “um projeto de contrato social diverso, que inclua em suas cláusulas um princípio de justiça distributiva e, portanto, seja compatível com a tradição teórica e prática do socialismo”.

b) O ensino e a práxis do Direito

O caráter alienante do ensino jurídico, empenhado basicamente numa análise descritiva de métodos e procedimentos destinados à consecução de uma justiça formal, merece ser reformulado, de modo a ampliar, com uma nova visão e um pensar críticos, o espaço de resistência às concepções neoliberais³⁹.

Ora, não há dúvida de que o Direito desempenha relevante função social que, associada a uma dimensão crítica e engajada a um ideal transformador, pode desaguar no questionamento da legitimidade dos caminhos tracejados pelos fautores do pensamento neoliberal.

Para tanto, é bastante considerar que o arcabouço normativo do Direito não é dado, mas construído, estando, pois, sujeito aos condicionamentos ideológicos dos que se dedicam à tarefa de estabelecer as “regras do jogo”. Além disso, a mutabilidade do fenômeno da positivação favorece a permanente compatibilização do Direito com as expectativas sociais, sendo garantia de sua “eterna reconstituição, do seu avanço, que vai desvendando áreas novas de libertação” (LYRA FILHO, 1982, p. 119).

Merece registro, nesse particular, a observação de Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR (1980, p. 41):

“A principal característica do direito positivado é que ele se liberta de parâmetros imutáveis ou longamente duradouros, de premissas materialmente invariáveis e, por assim dizer,

institucionaliza a mudança e a adaptação mediante procedimentos complexos e altamente móveis. Assim, o direito positivado é um direito que pode ser mudado por decisão, o que gera, sem dúvida, certa insegurança com respeito a verdades e princípios reconhecidos, lançados então para um segundo plano, embora, por outro lado, signifique uma condição importante para melhor adequação do direito à realidade em rápida mutação, como é a de nossos dias”.

Essa potencialidade transformadora do Direito deve ser melhor direcionada a partir do meio acadêmico, a fim de que não se reproduza nas Universidades o perfil de ator jurídico adequado à consolidação do ideal neoliberal: um profissional alienado de seu contexto social, vazio de sentido e de finalidade, portador de uma informação burocrática, subserviente e indiferente às tensões sociais que o rodeiam⁴⁰.

É fora de qualquer dúvida que a formação de uma consciência crítica acerca da realidade circunjacente, da qual o Direito faz parte, favorece a definição de uma importante opção política: instrumentalizar ou não o neoliberalismo. É a partir dessa opção que se pode estabelecer, certamente, uma estratégia de legitimação, pelo Direito, das propostas neoliberais ou, ao revés, de resistência incisiva à onda desagregadora que estas representam. Imprescindível, em síntese, definir como será preenchido o “espaço da positivação” do Direito.

A par da fibratura crítica dos atores jurídicos, desde o “berço acadêmico”, deve-se enfatizar, por outro lado, o delineamento do papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário. Vale dizer, da práxis jurídica.

Considerando ser o Judiciário o depositário final de conflitos não resolvidos noutras instâncias (sociais), curial é o estabelecimento de uma postura existencial transformadora de seus agentes, não mais sendo tolerável uma postura acrítica de “fiéis servos” da lei.

Não se está cogitando – é bom prevenir – de um atuar alheio e distante da normatividade. Isso comprometeria, a nosso ver, a legitimidade institucional do Judiciário. Mas a uma atuação estritamente legalista e burocrática pode-se contrapor um comportamento judicial que propicie a “reintrodução do próprio direito no interior das relações sociais” (FARIA, 1989, p. 105). Isso reconduz o Judiciário a um papel efetivo de Poder do Estado, infenso ao “mito da neutralidade” e comprometido socialmente com a realização da ordem legal justa⁴¹.

Inegável, nesse mister, é a tarefa cometida à hermenêutica, ou, mais detidamente, aos mecanismos de completabilidade do ordenamento jurídico. Conquanto não seja este o objeto do presente trabalho, é importante referir, ainda que de relance, que, por meio da interpretação e dos métodos da auto-integração e da heterointegração, a jurisprudência pode alcançar, inclusive suprindo lacunas do ordenamento jurídico, a finalidade social da norma, conectando-a com preceitos de justiça social.

E uma boa diretriz para tal empreitada consiste em interpretar e aplicar a norma a partir da Constituição, buscando sempre, “entre as várias possibilidades [...] escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais” (CANOTILHO, 1983, p. 1151).

No Brasil, por exemplo, que possui uma Constituição concebida em um modelo de Estado de bem-estar social, a práxis jurídica não pode alhear-se a essa fonte legitimadora. O grande problema, porém, é que o Governo brasileiro tem-se empenhado na missão de desfigurar esse perfil constitucional por meio de “redentoras” propostas de reforma constitucional, na busca de adequar o Estado ao “mercado globalizado” de inspiração neoliberal.

Isso comprometeria a atuação do Judiciário como “espaço de resistência” ao avanço do neoliberalismo, em face do esfacelamento do referencial constitucional? A pergunta é instigante e certamente reconduz a

inúmeras digressões no campo da interpretação e da própria integração das lacunas ideológicas existentes no ordenamento jurídico-positivo⁴². Pode residir aí o antídoto ao desmonte do arcabouço constitucional que ainda resiste em neutralizar o avanço da onda neoliberal. E esse é sem dúvida o grande desafio, a encruzilhada entre o velho e o novo, que, nem por ser novo, se revela melhor e mais justo⁴³.

c) Direitos humanos – concretização da Declaração Universal de 1948

Os direitos humanos constituem a última fronteira na cruzada em defesa dos valores da cidadania e da democracia. Constituem, de igual sorte, um sólido obstáculo ao deletério fenômeno da exclusão – marca registrada das práticas neoliberais.

A razão dessa assertiva correlaciona-se com o fato de a Declaração Universal dos Direitos Humanos, enunciada após a trágica Segunda Grande Guerra, representar “a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX” (BOBBIO, 1992, p. 34).

Pode-se afirmar, então, que a nota de fundamentalidade presente na concepção dos direitos humanos decorre do reconhecimento da necessidade de serem protegidos e promovidos determinados valores essenciais à consecução de uma existência digna – patrimônio cultural comum a toda a humanidade.

Fixada essa premissa, é facilmente perceptível o descompasso entre as características da globalização cunhada sob o signo do neoliberalismo e a expectativa internacional em torno da efetividade dos direitos humanos e da ampliação de seu rol basilar⁴⁴.

O caráter universal, indivisível e interdependente dos direitos humanos e, pois, de todo o leque de valores essenciais subjacentes deve-se contrapor ao padrão neoliberal de globalização (imposto pelo “Consenso de Washington”), alavancando os Estados em direção à realização daqueles.

Tal contraste pode significar o despertar da letargia em que se encontra mergulhada a sociedade atual, num gesto de ruptura com a já apontada “ideologia da fadiga”. Assim propõe J.A. Lindgren ALVES (1999, p. 164):

“Se, conforme ensina Foucault, o Direito foi inventado como uma forma de legitimação do poder estatal na Idade Clássica, deixariam os direitos humanos de ser uma afirmação do indivíduo contra esse mesmo poder? Talvez sim, talvez não, dentro do contexto da Revolução Francesa, em sua fase napoleônica. Mas não numa época como a nossa, em que tais direitos são reconhecidos internacionalmente e se tornam passíveis de cobranças internas e interestatais, limitando significativamente o arbítrio do poder constituído.

.....
Até mesmo, portanto, para os pós-estruturalistas convictos ou pós-modernos exigentes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos abre caminhos inestimáveis. Na mesma medida em que o pós-estruturalismo se propõe emancipatório, o multiculturalismo que ele justificadamente endossa não pode ser indiferente às opressões de culturas extra-ocidentais. *Nem pode a pós-modernidade, como continuação ou superação do racionalismo humanista, tornar-se fundamentalista, aceitando como inelutáveis as crueldades aberrantes de qualquer comunidade, ou do integrismo eficientista do mercado globalizado* [grifos nossos].

É de se intuir, destarte, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem assim o seu permanente desafio de implementação e atualização representam um importante núcleo de resistência e de contraponto ao esvaziamento ético do novo liberalismo. A pavimentação desse trajeto leva em conta os aspectos positivos do fenômeno da globalização, os quais reforçam a nota da *universalidade* dos direitos humanos, reprimin-

do, por sua vez, o fluxo da vertente neoliberal.

Isso pressupõe o reconhecimento daquilo que PÉREZ LUÑO⁴⁵ (apud SARLET, 1999, p. 168-169) denominou “irrenunciável dimensão utópica” dos direitos humanos, numa reafirmação de que muito ainda há de ser percorrido para alcançar-se um espaço de cidadania menos opaco e mais pleno de sentido.

4. Conclusão

O amadurecimento das concepções filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo, dos quais foram figuras destacadas Locke, Montesquieu, Rousseau e Kant, desaguou na estruturação do Estado constitucional, ou Estado de Direito, como reação ao exercício absoluto do Poder, impropriamente denominado de “Estado absoluto”.

O Estado constitucional desenvolveu-se, assim, sob a inspiração das correntes liberais que exaltavam o exercício da liberdade acima de tudo, com a conseqüente limitação do poder político.

Natural e indispensável o remodelamento desse novo Estado por meio do Direito, à luz dos ideais liberais prevalentes.

Por outra face, a radical transformação da sociedade no período entre guerras, as nefastas desigualdades sócio-econômicas decorrentes do modelo liberal (“*laissez faire, laissez passer*”) exigiram, como foi visto, uma postura mais intervencionista do Estado, levando, noutro passo, ao desenvolvimento dos direitos sociais.

Enquanto, porém, a sociedade ainda se debate na histórica luta pela afirmação e plenitude dos direitos fundamentais, o mundo capitalista, em seu reduzido círculo decisório, reanimado pela derrocada dos “socialismos reais”, e em nome da recuperação econômica dos Estados (“abalados” e sufocados pelas demandas sociais cada vez mais crescentes), impõe a adoção de políticas neoliberais que se disseminam

como inexorável exigência da economia globalizada.

A expressão *neoliberalismo* encerra uma noção de algo que se renova, mas que, ao mesmo tempo, retorna ao passado. Confluem, para a definição desse fenômeno político e econômico, idéias de continuidade e de ruptura, como lembrado por Agostinho Ramalho MARQUES NETO (1999, p. 231). Segundo ele, ao falar-se de liberalismo, sugere-se um retorno a um modelo antigo. Porém, “esse liberalismo é *neo*, é novo, com o que se diz implicitamente que algo do liberalismo clássico não mais subsiste nele”. E esse *algo* nada mais é que o “abandono, em favor da eficiência econômica, de princípios éticos fundamentais, dos quais resultam relevantes conseqüências políticas e jurídicas”.

O neoliberalismo, embalado pelo fenômeno da globalização da economia, prega a transnacionalização dos mercados, a desregulamentação das instâncias decisórias dos conflitos, a perda de certeza e segurança do direito positivo, a interpenetração de interesses privados e interesses públicos, a proliferação de espaços sócio-jurídicos autônomos, a flexibilização dos direitos sociais, o redimensionamento da democracia e a erosão da soberania do Estado, com o deslocamento de seu conceito para o âmbito do mercado.

O Estado, assumindo a feição de garantidor do livre mercado e da competitividade, passa a ser um Estado mínimo, reduzindo-se, com ele, a noção de espaço público.

A forte conseqüência dessas posturas neoliberais pode ser sentida por meio de um único fenômeno: o da *exclusão social*, cada vez mais aguda, notadamente nos países de “economias emergentes”. A exclusão é a síntese de todos os impactos decorrentes do novo liberalismo: o enxugamento dos direitos sociais; a privatização dos serviços de saúde; o insuficiente serviço de educação pública; a ausência de controle estatal adequado no tocante ao emprego de verbas públicas; a não consolidação de uma política agrária satisfatória para assegurar uma ra-

cional utilização da terra; o enfraquecimento da concepção de democracia representativa; a dilapidação do Estado social, enfim.

O êxito da empreitada neoliberal não seria possível sem o concurso de poderoso mecanismo de obscurecimento social, capaz de desviar a atenção de possíveis focos de resistência. Essa obnubilação coletiva conta com a produção científica de “notáveis economistas”, bem como de “juristas de plantão” que modelam a ilusão da realidade conveniente, encarregando-se de tornar palatável (se isso é possível) o indigesto prato que nos é servido, farto em desagregação social e em desigualdades materiais.

Todo esse quadro caracteriza, na expressão de Plauto Faraco de AZEVEDO (1999, p. 103), o caráter ideológico do neoliberalismo, responsável pela “desconformidade entre sua imagem mental e sua realidade efetiva, induzindo ao erro de avaliação e tratamento desta”. Isso também desvela a dimensão totalitária do neoliberalismo, que se apresenta como uma única opção possível e contra a qual não adianta resistir.

Em dado momento da narrativa, foi sustentado que o neoliberalismo nutre profundo desapeço pelo Direito. O cotidiano das reformas legislativas em curso em nosso país não desmente a assertiva. Com efeito, não é por acaso que, empolgado pelo apelo neoliberal globalizante, verificou-se enorme empenho na eliminação de direitos sociais historicamente consagrados. Daí a afirmação de que o direito social, num cenário neoliberal, carece de condições de efetividade (FARIA, 1999, p. 283).

Todavia, a insistência na preservação e realização de direitos fundamentais sociais constitui um significativo espaço de resistência à escalada neoliberal, assinalando a presença importante de sua discussão na agenda contemporânea. Por que e para quê? Para preenchimento, em breve síntese, do sentimento de “vazio de futuro” (Santos, 1996) que nos é legado pelo neoliberalismo.

A impressão final que fica é a de que o neoliberalismo representa, sem perdão do

exagero, uma *neobarbárie*, na qual os interesses individuais se submetem aos interesses de grandes corporações; em que os conceitos e categorias fundamentais da lógica jurídica cedem espaço a princípios de conteúdo econômico (MARQUES FILHO, 1999, p. 235); em que os valores da democracia são extraviados e, em seu lugar, são implantados espaços de decisão conectados com os espaços de produção; em que não há visibilidade de sociedade, mas de mercado; em que não se enxergam cidadãos, mas apenas consumidores.

É preciso, pois, ampliar ao máximo, por exemplo, os horizontes propiciados pelas cruzadas em prol da concretização dos direitos humanos. São esses componentes utópicos que poderão abrir caminho à constatação de que nada é acabado ou irrealizável, e que ainda é tempo de reconhecer que, ao contrário do que sugere o neoliberalismo, a dignidade da pessoa não é um bem de consumo a ser livremente transacionado no mercado.

O limiar de um novo Governo e de uma nova Legislatura é sempre um bom momento para reanimar velhas certezas ou para alimentar novas esperanças. Tudo dependerá da rota a ser traçada.

Notas

¹ Segundo HOBBS, a guerra significa não apenas a batalha, mas o período de tempo em que a vontade de lutar é suficientemente conhecida.

² Como assinala, mais uma vez, Eric HOBBSBAWM (p. 404): “A tragédia histórica das Décadas de Crise foi a de que a produção agora dispensava visivelmente seres humanos mais rapidamente do que a economia de mercado gerava novos empregos para eles... A economia mundial se expandia, mas o mecanismo automático pelo qual essa expansão gerava empregos para homens e mulheres que entravam no mercado de trabalho sem qualificações especiais estava visivelmente desabando”.

³ Jorge MIRANDA (1996, p. 86-87) comenta: “O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado *liberal*, assente na idéia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente (pela sua divi-

são) como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade)”.

⁴ Conforme anota Paulo BONAVIDES (1980, p. 31), invocando o pensamento de VIERKANDT, no “liberalismo, o valor da liberdade [...] cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal.

⁵ Anota BOBBIO (1992, p. 29): “A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser. Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual; são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador”.

⁶ “O segundo momento da história da Declaração dos Direitos do Homem consiste, portanto, na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado. Nessa passagem, a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade. Os direitos são doravante protegidos (ou seja, são autênticos direitos positivos), mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece” (BOBBIO, 1992, p. 29-30).

⁷ Essa aliança episódica foi assim referida por Eric HOBBSBAWM (1999, p. 17): “A democracia só se salvou porque, para enfrentá-lo, houve uma aliança temporária e bizarra entre o capitalismo liberal e o comunismo: basicamente a vitória sobre a Alemanha de Hitler foi, como só poderia ter sido, uma vitória do Exército Vermelho. [...] Uma das ironias deste estranho século é que o resultado mais duradouro da Revolução de Outubro, cujo objetivo era a derrubada global do capitalismo, foi salvar seu antagonista, fornecendo-lhe o incentivo – o medo – para reformar-se após a Segunda Guerra Mundial e, ao estabelecer a popularidade do planejamento econômico, oferecendo-lhe alguns procedimentos para sua reforma”.

⁸ Como observa Eric HOBBSBAWM (1999, p. 142), o “século XX multiplicou as ocasiões em que se tornava essencial aos governos governar. O tipo de Estado que se limitava a prover regras básicas para o comércio e a sociedade civil e oferecer polícia, prisões e Forças Armadas para manter afastado o perigo interno e externo, o ‘Estado-guarda-noturno’ das piadas políticas, tornou-se tão obsoleto quanto o ‘guarda-noturno’ que inspirou a metáfora”.

⁹ Plauto Faraco de AZEVEDO (1999, p. 83-84) observa: “Toda esta corrente doutrinária crítica do capitalismo e denunciadora de seus excessos, as-

sim como a obra de Marx e Engels, que o estuda e prevê a sua destruição, não teriam tido a relevância que tiveram, não fora o triunfo da Revolução Russa de 1917. Independentemente de qualquer juízo de valor sobre a conhecida obra de John Reed, tem-se que convir que ela abalou o mundo, criando uma força concreta oposta ao capitalismo, suscitando abundante literatura a assinalar-lhe as contradições, estimulando a utopia do socialismo, aguçando esperanças de vida mais consentâneas com a dignidade humana, ao mesmo tempo que dava origem a um mundo bipolar, em permanente e perigoso confronto”.

¹⁰ Analisando a “equação keynesiana”, Pierre ROSANVALLON (1997, p. 40) observa, com propriedade: “Em resumo, Keynes conclui que o Estado é levado a intervir por intermédio da política fiscal e da determinação da taxa de juros para regular o nível adequado ao pleno emprego da propensão para consumir. Mas ele deve igualmente intervir para estimular o investimento, visto não ser julgada suficiente a influência da política bancária da taxa de juros para fixá-lo no seu melhor valor possível. ‘Pensamos também’, diz ele, ‘que a ampla socialização do investimento será o único meio de se assegurar aproximadamente o pleno emprego’”(p. 391). É nesse sentido que deve ser entendida a equação keynesiana. É a partir daí que a relação entre o crescimento e o desenvolvimento do Estado-providência poderá ser pensada como não contraditória. Progresso social e eficácia econômica caminharão logicamente juntos.

¹¹ Com efeito, a filosofia “é um específico e incontestável modo de interrogar a realidade [...], o modo mais radical e omnicompreensivo, o mais fundamental e totalizador, que não se detém em instâncias imediatas e nem sequer penúltimas, mas que é inerente à mais indeclinável vocação de extremo”. (GARCIA VENTURINI apud CERLETTI, 1999, p. 101). GARCIA VENTURINI, José Luis. La filosofía: para qué sirve? *La nacion*, Buenos Aires, 9 jul. 1972. Suplemento Cultural, p. 3.

¹² Por meio da expressão “estado natural”, anotam Giovanni REALE e Dario ANTISERI (1990, p. 761) que “é importante distinguir o essencial e originário do artificial e desviador. Como podemos ler no Discurso sobre a desigualdade, ‘não é uma pequena empresa distinguir os elementos originários daquilo que há de artificial na natureza atual do homem e conhecer a fundo um estado que não existe mais, que talvez nunca tenha existido, que provavelmente nunca existirá, mas do qual, porém, é necessário ter noções justas para poder avaliar bem o nosso presente. Quem quisesse determinar exatamente as precauções a tomar para fazer anotações válidas sobre o assunto deveria ser muito mais filósofo de que se acredita.’ Na economia do pensamento de ROUSSEAU, o estado natural tem um

valor normativo, constituindo um ponto de referência na determinação dos aspectos corrompidos que se insinuaram em nossa natureza humana”.

¹³ “O primeiro homem que, depois de ter cerca de um terreno, pensou em dizer ‘este é meu’ e encontrou ingênuos que nele acreditaram foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, conflitos, homicídios, misérias e horrores teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando a cerca ou tapando o fosso, houvesse gritado aos seus semelhantes: “Não deis ouvido a este impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e a terra não é de ninguém!” (REALE; ANTISERI, 1990, p. 765).

¹⁴ Conforme observam Giovanni REALE e Dario ANTISERI (1990, p. 770-771): “Estamos diante de uma socialização radical do homem, de sua total coletivização, para impedir que emerjam e se afirmem os interesses privados. Com a vontade geral pelo bem comum, o homem só pode pensar em si pensando nos outros, ou seja, somente através dos outros, não como instrumentos, mas como fins em si, como são todos os componentes. Ninguém deve obedecer ao outro, mas sim todos à lei, sagrada para todos, porque fruto e expressão da vontade geral”.

¹⁵ Cabral de MONCADA (1995, p. 243-244), porém, analisando o mito da vontade geral, assim se posiciona: “Por este motivo, e com toda a razão, já se tem dito que a democracia, que com LOCKE e os ingleses se mantinha ainda individualista e liberal, atomística e mero equilíbrio de egoísmos, com ROUSSEAU se torna totalitária. Individualista ainda no seu ponto de partida e nos seus pressupostos racionais, sem dúvida, ela é totalitária e antiliberal no seu ponto de chegada. Partindo da liberdade do homem e dos seus direitos naturais originários, o dogma da soberania do povo e o mito da vontade geral acabam por tomar na construção do sistema a dianteira sobre os outros elementos e por anular nela todos os vestígios do seu liberalismo”.

¹⁶ Conquanto considere o “mercado competitivo” instituição social essencial, aponta John RAWLS (1997, p. 8) que a estrutura básica da sociedade – objeto primário da justiça – apresenta diversas posições sociais, sendo que indivíduos nascidos em condições diferentes têm expectativas de vida diversas. Assim, segundo o autor: “É a essas desigualdades, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, que os princípios da justiça social devem ser aplicados em primeiro lugar”.

¹⁷ Pertence a BOBBIO (1997, p. 112) a observação sempre precisa, segundo a qual “... a passagem do estado liberal para o estado social é assinalada pela passagem de um direito com função predominantemente protetora-repressiva para um direito cada vez sempre mais promocional”.

¹⁸ Assinala, nesse sentido, Ingo Wolfgang SARLET (1999, p. 143-144): “Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, assegurada pelos direitos de defesa (ou função defensiva dos direitos fundamentais), a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos”.

¹⁹ Norberto BOBBIO (1992, p. 33), a esse propósito, registra: “Quando digo que os direitos do homem constituem uma categoria heterogênea, refiro-me ao fato de que – desde quando passaram a ser considerados como direitos do homem, além dos direitos de liberdade, também os direitos sociais – a categoria em seu conjunto passou a conter direitos entre si incompatíveis, ou seja, direitos cuja proteção não pode ser concedida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros. Pode-se fantasiar sobre uma sociedade ao mesmo tempo livre e justa, na qual são global e simultaneamente realizados os direitos de liberdade e os direitos sociais; as sociedades reais, que temos diante de nós, são mais livres na medida em que menos justas e mais justas na medida em que menos livres”.

²⁰ O paradoxo crucial das modernas sociedades democráticas residiria exatamente no enfoque dado ao valor igualdade: “A demanda de igualdade civil ou política traduz-se pela determinação de uma forma idêntica para todos. A igualdade tem como objetivo a abolição radical das diferenças de estatuto civil ou político. A demanda de igualdade econômica ou social se apresenta de um outro modo: ela se exprime como vontade de redução das desigualdades. Os dois procedimentos não são simétricos: produção de igualdade geradora de identidade em um caso, redução da desigualdade, no outro, sem fixação de um objetivo gerador de identidade” (ROSANVALLON, 1997, p. 29).

²¹ Por cidadania social entenda-se a conquista de direitos sociais no campo das relações de trabalho, da seguridade social, da saúde, da educação, por parte das classes trabalhadoras.

²² “A crise do regime fordista e das instituições sociais e políticas em que ele se traduziu assentou, em primeira linha, numa dupla crise de natureza econômico-política, na crise de rentabilidade do capital perante a relação produtividade-salários e a relação salários directos-salários indirectos, e na crise da regulação nacional, que geria eficazmente

até então essas relações, perante a internacionalização dos mercados e a transnacionalização da produção. Como esta regulação estava centrada no Estado nacional, a sua crise foi também a crise do Estado nacional perante a globalização da economia e as instituições que se desenvolveram com ela (as empresas multinacionais, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial)” (SANTOS, 1996, p. 248).

²³ “A expressão ‘democracia representativa’ significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade” (BOBBIO, 1997, p. 44).

²⁴ A debilidade da democracia representativa tem aberto espaço à formação de um novo modelo, a democracia organizacional, da qual nos ocuparemos mais adiante.

²⁵ “As condições para este trabalho não eram de todo favoráveis, uma vez que o capitalismo avançado estava entrando numa longa fase de auge sem precedentes – sua idade de ouro –, apresentando o crescimento mais rápido da história, durante as décadas de 50 e 60. Por esta razão, não pareciam muito verossímeis os avisos neoliberais dos perigos que representavam qualquer regulação do mercado por parte do Estado. A polêmica contra a regulação social, no entanto, tem uma repercussão um pouco maior. Hayek e seus companheiros argumentavam que o novo igualitarismo (muito relativo, bem entendido) deste período, promovido pelo Estado de bem-estar, destruía a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, da qual dependia a prosperidade de todos. Desafiando o consenso oficial da época, eles argumentavam que a desigualdade era um valor positivo – na realidade imprescindível em si –, pois disso precisavam as sociedades ocidentais. Esta mensagem permaneceu na teoria por mais ou menos 20 anos” (ANDERSON, 1995, p. 10).

²⁶ Eric HOBBSAWM (1999, p. 399) documentou esse confronto da seguinte forma: “Era uma guerra de ideologias incompatíveis. Os dois lados apresentavam argumentos econômicos. Os keynesianos afirmavam que altos salários, pleno emprego e o Estado de Bem-estar haviam criado a demanda de consumo que alimentara a expansão, e que bombear mais demanda na economia era a melhor maneira de lidar com depressões econômicas. Os neoliberais afirmavam que a economia e a política da Era de Ouro impediam o controle da inflação e o corte de custos tanto no governo quanto nas empresas privadas, assim permitindo que os lucros, verdadeiro motor do crescimento econômico numa economia capitalista, aumentassem”.

²⁷ Segundo Rodolfo ROMERO (apud ARRUDA JÚNIOR, 1997, p. 61), a política econômica do ne-

oliberalismo tem como estratégia: privatização, desregulamentação, flexibilidade, dívida externa, ajuste, sem protecionismo e, como finalidade essencial, a adjudicação de recursos da sociedade e do poder, favorecendo a transnacionalização da economia, da política e da cultura, com rápidos padrões de acumulação”. ROMERO, Rodolfo. *O neoliberalismo*. San Antonio de los Altos: CLAT: Central Latinoamericana de Trabajadores, 1992.

²⁸ PRZEWORSKI, Adam. *Capitalismo e social-democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

²⁹ Tal situação curiosa ensejou o seguinte comentário de Norberto BOBBIO (1997, p. 119): “Uma situação paradoxal, quase grotesca. Como então se pode definir uma situação em que a mesma forma de estado – e atente-se que se trata de forma de estado que se veio realizando praticamente em todos os países democráticos – é condenada como capitalista pelos marxistas velhos e novos, e como socialista pelos velhos e novos liberais? Das duas uma: ou estas categorias – capitalismo, socialismo, etc. – tornaram-se tão gastas que não podem mais ser usadas sem criar confusão, ou a dupla crítica é apenas aparentemente contraditória, porque de fato o estado de bem-estar foi (e será talvez ainda por muito tempo, suponho) uma solução de compromisso que, como todas as soluções de compromisso, presta-se a ser confutada pelas partes opostas. Se de dois indivíduos que de longe observam uma figura, um diz que ela é um homem e o outro que é um cavalo, antes de conjecturar que ambos não sabem distinguir um homem de um cavalo, é lícito pensar que tenham visto um centauro (e então seria possível sustentar que se equivocaram ambos, pois os centauros não existem)”.

³⁰ Conforme observa José Eduardo FARIA (1999, p. 118-119), em termos conceituais, “a noção de governabilidade tem sido associada à incapacidade de um governo ou de uma estrutura de poder formular e de tomar decisões no momento oportuno, sob a forma de programas econômicos, políticas públicas e planos administrativos, e de implementá-los de modo efetivo, em face de uma crescente sobrecarga de expectativas, de problemas institucionais, de clivagens políticas, de conflitos sociais e de demandas econômicas; nesse sentido, um sistema político se tornaria ‘ingovernável’ quando não conseguisse mais confirmar essas expectativas, filtrar, selecionar e dar uma resposta a essas demandas, solucionar esses problemas, neutralizar essas clivagens e dirimir esses conflitos de maneira eficaz e coerente – mesmo expandindo seus serviços, suas estruturas burocráticas e seus instrumentos de intervenção, em nome do aumento de sua capacidade de direção, coordenação, filtragem, seleção e desempenho.”

³¹ Anota BOBBIO (1997, p. 123): “Não deixa entretanto de ser iluminante a idéia de Max Weber

– retomada, desenvolvida e divulgada por Schumpeter – de que o líder político pode ser comparado a um empresário cujo rendimento é o poder, cujo poder se mede por votos, cujos votos dependem da sua capacidade de satisfazer interesses de eleitores e cuja capacidade de responder às solicitações dos eleitores depende dos recursos públicos de que pode dispor”.

³² “Para garantir a neutralização das organizações sociais – e, em geral, para desorganizar os grupos sociais –, o discurso remete à imagem da ‘derrocada da política’. Neste contexto, reivindicase uma autoridade mínima não submetida à participação política ativa e às demandas sociais, tal como expressa claramente a afirmação de Friedrich Von HAYEK, citada por LECHNER: ‘podemos impedir o governo de servir aos interesses especiais, apenas privando-o do poder de usar a coerção para fazê-lo, o que significa que podemos limitar os poderes dos interesses organizados, apenas limitando os poderes do governo.’ Esta limitação do governo, que pretende traduzir-se também em sua descentralização: ‘é preciso ‘descentralizar’ o poder a fim de que o poder individual – a propriedade privada – não seja neutralizado pela organização dos despossuídos’, transforma-se, finalmente, na restrição e no próprio questionamento da democracia” (apud GRAU, 1998, p. 39-40).

³³ Como observa Óscar CORREAS (1996, p. 7), “*El neoliberalismo se parece y se diferencia del viejo liberalismo. Se parece en que ambos usan la misma prestigiosa palabra – ‘libertad’. Pero se diferencian en que aquél la usaba para referirse a todas las manifestaciones de la vida humana, la libertad de propiedad en primer plano, claro. Mientras, que el cachorro contemporáneo lo usa exclusivamente para hablar del comercio y la circulación ampliada del capital.*”

³⁴ A propósito do direito reflexivo, anota José Eduardo FARIA (1999, p. 195-196): “É esse, justamente, o caso do ‘direito reflexivo – reflexividade entendida aqui com a capacidade de um sistema de tematizar sua própria identidade; de perceber como, em seu meio ambiente, operam outros sistemas em relações de interdependência, relações essas que incluem o próprio sistema reflexivo; de colocar-se a si mesmo no papel de outros sistemas para ver, dessa perspectiva, seu próprio papel; de institucionalizar mecanismos aptos a viabilizar uma recíproca autolimitação das possibilidades de ação dos sistemas, tendo em vista seus respectivos valores, interesses e necessidade. O principal objeto deste direito é, assim, a própria autonomia dos sistemas. Sua função é viabilizar a autonomia regulada desses sistemas, a fim de que possam maximizar sua racionalidade interna mediante os adequados procedimentos tanto de formação do consenso quanto de tomada de decisão coletiva”.

³⁵ Segundo esclarece Agostinho MARQUES NETO (1999, p. 225), a expressão “infância” provém de *infans, antis*, ou seja, que não fala, sem voz. Então, as ordens jurídicas até as Revoluções Americana e Francesa “*não tinham voz* para atribuir direitos subjetivos, mas apenas para prescrever obrigações e estabelecer as sanções aplicáveis nos casos de transgressão.”

³⁶ Registra Plauto Faraco de AZEVEDO (1999, p. 116), destacando as palavras de Ralph DAHRENDORF: “Na Europa, ‘descobrem-se estranhas semelhanças entre o fim dos Oitocentos e o fim dos noventa. Agora, como então, as pessoas vivem um período de individualismo descomedido: ao manchesterismo de ontem corresponde o tatcherismo de hoje. Os indivíduos vivem contrapostos uns aos outros, em feroz competição, em que prevalecem os mais fortes – ou melhor, aqueles que eram tidos como tais, quaisquer que fossem as qualidades que os haviam levado ao êxito”.

³⁷ “Enquanto para a sociedade de classes, da “antiga modernidade”, o proletariado precisava ser mantido com um mínimo de condições de subsistência (daí o Welfare State), para a sociedade eficiente, da globalização pós-moderna, o pobre é responsabilizado e estigmatizado pela própria pobreza. Longe de produzir sentimentos de solidariedade, é associado ideologicamente ao que há de mais visivelmente negativo nas esferas nacionais, em escala planetária: superpopulação, epidemias, destruição ambiental, vícios, tráfico de drogas, exploração do trabalho infantil, fanatismo, terrorismo, violência urbana e criminalidade.” (ALVES, 1999, p.147).

³⁸ Atilio BORÓN (1995, p. 102), neste particular, enfatiza: “Não deixa de ser uma curiosa mostra de sucesso o fato de que as economias que são saneadas com o remédio neoliberal tenham mais pobres que nunca e a ‘dívida social’ cresça de forma incontida. As ‘instituições financeiras internacionais’, eufemismo para se referir ao BM [Banco Mundial] e ao FMI [Fundo Monetário Internacional], recomendam calorosamente umas políticas que geram pobreza e exclusão social e, ao mesmo tempo, encomendam numerosas pesquisas sobre o tema e manifestam sua consternação pelo agravamento do flagelo da pobreza na América Latina. Como se entende essa contradição, mais além da inegável cota de hipocrisia que permeia estas preocupações?”

³⁹ Pertence a Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR (1980) a ácida, porém realista, definição do ensino jurídico predominante no País. Trata-se, segundo o autor, do predomínio da “arte de saber fazer sem saber por que”.

⁴⁰ Daí o questionamento de José Eduardo FARIA (1989, p. 96-97), ao se reportar à formação dos atores jurídicos: “Estarão sendo eles formados na

velha tradição normativista-formalista da dogmática jurídica, que se expressa por meio de proposições hipotéticas de dever-ser e cuja preocupação central é a subsunção dos fatos à prescrição legal, valorizando apenas os aspectos lógico-formais do direito positivo e enfatizando somente as questões da validade da norma, da determinação do significado das regras, da integração das lacunas e da eliminação das antinomias? Ou, pelo contrário, já estarão recebendo uma formação capaz de identificar e esclarecer o significado político das profissões jurídicas, possibilitando-lhes assim um distanciamento crítico e uma clara consciência das inúmeras implicações de suas funções em sociedades fortemente marcadas pelo crescente descompasso entre a igualdade jurídico-formal e as desigualdades sócio-econômicas?”

⁴¹ Calha bem o destaque feito por José Eduardo FARIA (1989, p. 107) a texto produzido pelo Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares: “... a utilização de normas vigentes não significa adesão à ordem legal injusta. O direito deve ser criticado sempre que não corresponda aos desejos populares. Ocorre que as normas podem ser um eficiente instrumento de defesa do povo. O desprezo pela via jurídica como solução para certos problemas implica o desperdício de uma oportunidade para a conquista de ganhos reais. Existem determinadas leis que favorecem, sob diversos aspectos, as lutas populares e resultam não apenas da vontade das classes dominantes, mas do somatório de vários fatores que concorrem para a produção do direito. O desprezo à legalidade reflete uma tentativa de se alienar”.

⁴² - Entende-se por lacuna, na dicção de BOBBIO (1994, p. 140), “a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de “ideológicas” para distingui-las daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de “reais”. Podemos também enunciar a diferença deste modo: as lacunas ideológicas são lacunas de *iure condendo* (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais são de *iure conditio* (do direito já estabelecido)”.

⁴³ É oportuno destacar a advertência de José Reinaldo de Lima LOPES (1989, p. 141), ao debruçar-se sobre a função política do Poder Judiciário: “A interpretação ou hermenêutica é também um tema filosófico fundamental de nosso tempo, revalorizada pela filosofia da linguagem e pela filosofia da história. No direito a hermenêutica sempre foi

um tema-chave. As decisões dos tribunais fixam os limites e o sentido das leis e dos atos do Estado. Ao fazer isto ele é portador de pontos de vista que vão prevalecendo. O mais importante ao considerarmos esta função é perceber o isolamento social e político do Judiciário na atual crise do Estado”.

⁴⁴ É voz corrente em todo o mundo, por exemplo, a premente necessidade de se promover a defesa do meio ambiente; e não se pode negar que tal meta remete à solução de inúmeros outros impasses umbilicalmente vinculados a essa questão, tais como, melhoria dos níveis educacionais da população, estabelecimento de condições sanitárias adequadas, recuperação da saúde pública etc.

⁴⁵ PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos y constitucionalismo em la actualidad*. In: _____ (Org.). [S. l.: s. n.], 1996. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*.

Bibliografia

- ALVES, J. A. Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. In: BOUCAULT, C. E. de A.; ARAUJO, N. de (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 139-166.
- ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: SADER, E.; GENTILI, P. (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- ARRUDA JUNIOR, Edmundo L. *Direito e século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna: ensaios de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: RT, 1999.
- BARCELONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad: el regreso de la vinculación social*. Traducción Héctor Claudio Silveira Gorski, José Antonio Estévez Araujo, Juan-Ramón Capella. Madrid: Editorial Trolta, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5.ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BORÓN, Atílio. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, E.; GENTILI, P. (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1983.
- CERLETTI, Alejandro A.; KOHAN, Walter O. *A filosofia no ensino médio: caminhos para pensar seu sentido*. Tradução de Norma Guimarães Azeredo. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- CORREAS, Óscar. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. In: MARQUES FILHO, A. R. et al. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996. p. 3-15.
- GRAU, Nuria Cunill. *Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social*. Tradução de Carolina Andrade. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: ENAP, 1998.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. Ordem legal x mudança social: a crise do judiciário e a formação do magistrado. In: _____. (Org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 95-110.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- HAYEK, Friedrich August Von. *O caminho da servidão*. Rio de Janeiro: Instituto Libera, [1990?].
- HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX, 1914 – 1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do Poder Judiciário. In: FARIA, J. E. (Org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 123-144.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE PSICANÁLISE E SUAS CONEXÕES: trata-se de uma criança, 1999, Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 1999. V. 2, p. 225-238.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.
- MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra, 1995.

- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do humanismo a Kant*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1990. v. 2.
- REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UFG; Brasília: UnB, 1997.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Subjectividade, cidadania e emancipação. In: _____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. In: _____. *O Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 129-173.

Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional

Grupo de Estudos *A Jurisdição Constitucional e a Democracia*

Sumário

Introdução. 1. Dinâmica do grupo *A Jurisdição Constitucional e a Democracia*. 2. Resgate histórico. 3. Entre o legislador e o juiz. 4. O sentido da norma. 5. A moralidade e o direito. 6. Conclusão.

Introdução

No início do segundo semestre de 2002, o Grupo de Estudos sobre o tema “A Jurisdição Constitucional e a Democracia” teve como uma das suas razões para ser instituído o atual e intenso debate constitucional norte-americano, no intuito de redefinir em novas bases teóricas e políticas a sua experiência do *Judicial Review of Legislation*¹. A outra, fundamentou-se, também, no fato de o Tribunal Constitucional Federal Alemão estar vivenciando, no presente momento, os mesmos problemas de legitimidade materializada pela sua congênere norte-americana. É o caso das interpretações elaboradas a esse respeito por Ingeborg MAUS e Jürgen HABERMAS². Não podemos ainda esquecer que, no Brasil, não estamos distantes dessas reflexões, que decorreriam, entre nós pelo desenvolvimento de trabalhos monográficos e pontuais, notadamente no campo principiológico³.

O Grupo de Estudos *A Jurisdição Constitucional e a Democracia* foi constituído no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho e é composto pelo Prof. Dr. José Ribas Vieira, pelo doutorando Igor de Abreu e pelos mestrandos Ataliba Pinheiro Espírito Santo, Francisco A. L. Moura, Gilza Nobre, Josué Mastrodi Neto e Manuela Martins. O presente texto foi consolidado graças à contribuição do mestrando Josué Mastrodi Neto.

1. Dinâmica do grupo *A Jurisdição Constitucional e a Democracia*

De forma periódica, o grupo de estudos vem-se reunindo para discutir sobre os uni-

versos de reflexão acima mencionados, destacando-se, até o presente, a vontade do legislador e o ativismo judicial no espaço da jurisdição constitucional. Tais reuniões têm-se baseado nas reflexões a respeito de determinados textos e, nesse sentido, foi escolhida, numa etapa inicial, a obra de José ACOSTA SÁNCHEZ (1998)⁴. A escolha desse trabalho para análise deveu-se ao interesse daquele autor em resgatar historicamente toda a trajetória da jurisdição constitucional. Em seguida, num sentido mais direcionado a respeito dos papéis do legislador e do juiz, foi privilegiada a leitura de Luis PRIETO SANCHÍZ (2000). Afastando-nos do núcleo central de nossos estudos, caminhamos mais para um detalhamento a respeito da função interpretativa e do sentido da norma, recaindo nossa escolha em A. Castanheira NEVES (1998)⁵. Culminando esse quadro, voltamos para um exame do Direito (juiz) e da moralidade a partir de uma análise de Robert ALEXI (2000)⁶.

Estes, portanto, são os autores cujas reflexões, a seguir, analisamos e às quais aduzimos algumas conclusões percebidas como mais relevantes para o tema em apreço. Para um próximo trabalho, aplicar-nos-emos na análise da Constituição europeia recém-divulgada. Não seria demais destacarmos que o atual processo de unificação europeu ocorre sob o respaldo de mais de 200 anos de teorização constitucional americana e europeia e que a união americana surgiu, justamente, com a mitigação de soberanias em prol de um objetivo comum, qual seja, o surgimento de um Estado federado forte.

2. Resgate histórico

Da leitura da obra citada de ACOSTA SÁNCHEZ (1998), compreendemos a atual crise da Constituição tomando como fundamento o seu conceito e a delimitação do seu sentido material.

Direcionamos, assim, nossa atenção para o estudo histórico da Constituição promovido por esse autor tendo como referên-

cia a trajetória da Jurisdição Constitucional norte-americana. Para perceber a especificidade da Constituição norte-americana e do *Judicial Review*, ACOSTA SÁNCHEZ inicia sua reflexão sobre o universo anglo-saxônico do final do século XVI e início do século XVII, destacando, entre outras contribuições, o pensamento jurídico de Edward Coke. Esses pontos históricos reforçam o sentido de que a *Judicial Review* apresenta uma *natureza autóctone* norte-americana, oriunda de sua própria complexidade histórica em relação à sua matriz inglesa. Mais precisamente, a investigação de ACOSTA SÁNCHEZ a respeito do *Judicial Review* está fundamentada nas origens da concepção da Constituição como *lei suprema* (art. VI da Constituição dos Estados Unidos de 1787).

Uma outra variável que merece estudo por parte de ACOSTA SÁNCHEZ, no intuito de compreender adequadamente a noção de *lei suprema*, é o princípio da separação de poderes. O autor faz uma incursão na Alemanha e, principalmente, na França, onde encontra Tribunais autônomos ao poder régio.

ACOSTA SÁNCHEZ estuda, também, a contribuição da teoria do Estado (Hobbes, Spinoza e Vattel) para responder às questões e às particularidades do constitucionalismo e do Direito Constitucional norte-americano.

Para articular os conceitos de separação de poderes e de *lei suprema*, o Autor sublinha, ainda, a importância do pensamento de Montesquieu para caracterizar a dinâmica político-social nos EEUU no final do século XVIII, comparando o papel da aristocracia na França com a criação e instrumentalização de uma “aristocracia” norte-americana via Senado (uma vez que, após a Independência norte-americana, não havia nobres nos Estados Unidos).

Não obstante isso, o modelo norte-americano teria ainda *hipertrofiada* a separação de poderes, por exemplo, na relevância do Poder Executivo por força do instituto do

veto absoluto. Entretanto, na referida obra, o autor destaca que o veto absoluto não foi suficiente à estruturação de uma ordem política estável. Nesse sentido, o Poder Judiciário se impôs, independentemente do art. 3º da Constituição de 1787, como instrumento para instituir o que veio a ser chamado de *bloco da legalidade*⁷.

Corroborando essa falta de clareza sobre a real função do Poder Judiciário norte-americano naquele contexto, há uma análise do pensamento de Adams que não conseguiu explicitar, normativamente, essa presença do Judiciário norte-americano dentro da concepção de Jurisdição Constitucional.

Vencida essa etapa histórica inicial no contexto norte-americano, definida mais nitidamente com o caso *Marbury versus Madison* (1803), merece ser observado que tal discussão não se encerrou, haja vista que o século XIX foi marcado por uma intensa luta política quanto ao papel prevalente – ou não – da Corte Suprema (Poder Judiciário) sobre os demais órgãos constitucionais. Estabelecido esse quadro mais geral a respeito da trajetória histórica naquele país, cabe detalhar agora essa complexa dinâmica.

MABLY⁸ (apud ACOSTA SÁNCHEZ, 1998, p. 20) perguntava-se diante da Constituição da Pensilvânia (1776), que criava o Conselho de Censores, contra os futuros legisladores,

“como era possível, na hora de lançarem os fundamentos de uma República, ignorarem que nada pode limitar o Legislativo e em lugar de fazer o mesmo (Poder) ser tão grande e completo, como deveria ser, recusarem a ele a faculdade de alterar e não permitirem que fosse mudado nada de sua primeira Constituição?”

Na realidade, a teoria política, no tocante ao Estado, desde o Renascimento até a ante-sala da Revolução Francesa, era inconcebível a limitação ao legislador. Não se podia pensar que o Soberano (uma pessoa, uma assembléia, o povo ou a Nação) autori-

zasse o exame pelos juízes de suas leis ou a anulação destas por um juiz.

Essa identidade soberano-legislador, bem como a inexistente análise do fenômeno da representação política tornavam impossível prever uma hierarquia de leis que desse lugar a uma, suprema, obra direta do soberano e, ainda, a exigência de defendê-la juridicamente das leis de seus representantes. Por isso, a Constituição não poderia ter sido precedida de uma doutrina de sua superioridade. Por isso, acentua ACOSTA SÁNCHEZ (1998), ela seria o resultado de um processo histórico, só teorizável *a posteriori*.

Historicamente, é preciso ver que nem todos os colonos (norte-americanos) viram o fundamento do seu direito nativo – o da *Common Law* – da mesma forma. Grupos sociais haviam partido (da Inglaterra) com a idéia de criar uma *teocracia* baseada na Bíblia cristã. Os primeiros profissionais do Direito foram pregadores e clérigos que utilizavam as Escrituras e o senso comum para resolver os conflitos de interesses.

A primeira resistência à *Common Law* foi concentrada em Massachussets, Connecticut e Rhode Island, sob o movimento protestante puritano da primeira época colonial. A segunda, a revitalização desses movimentos, durante a Revolução norte-americana. Eram contra as regras de interpretação da *Common Law*, que, segundo eles, só serviam para impor o pensamento dos juízes (*judicial construction*).

Na Europa do século XVIII, paralelamente, o racionalismo caminhou também na mesma direção antiinterpretativa e antijudicial, que fazia a apoteose do Legislativo. César Beccaria afirmava que “a interpretação da lei é um mal”.

O autor aponta, aqui, um grande paradoxo: essa tendência tão moderna e pujante, qual seja, a supremacia do Poder Legislativo, caiu derrotada precisamente durante seu apogeu pela instituição da primeira jurisdição constitucional, a *judicial review of legislation*, revisão das leis pelos juízes, que

tem, nos EEUU, seu grande órgão na Suprema Corte. A derrota do *Império das Leis* pelo *Império de uma Lei*, assim como a vitória dos juízes encarregados da defesa desta plasmaram a revolução jurídica representada tão significativamente pelo Direito Constitucional norte-americano.

Ao passo que a Constituição Política (ou *Statute Constitution*, no sentido de carta política sem força normativa, na forma do Estado de Direito *liberal*) tem como paradigma a Constituição da Virgínia de 1776, a Constituição Normativa (no sentido de norma cogente fundamental do sistema jurídico, que requer a criação de um órgão para sua defesa em face do Legislativo) é o modelo das Constituições da Pensilvânia (1776) e de Nova York (1777) e, dez anos mais tarde, também dos Constituintes Federais. No entanto, nenhuma dessas três logrou êxito na instituição de um sistema de revisão do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.

A intenção dos Constituintes Federais de 1787 era a de formar um “Estado federal forte”, pela aglutinação dos Estados confederados, ou seja, muito mais do que havia conseguido a própria Confederação. Eles objetivavam, dessa forma, construir um Estado federal, convertendo, assim, a jurisdição constitucional num elemento inerente a ele, por mais que isso já estivesse implícito na prática da interpretação das leis pelos juízes feita na *Common Law*.

O maior interesse desses Constituintes não era tanto determinar a Constituição como lei suprema, mas, isto sim, o de garantir a supremacia do bloco da legalidade federal já mencionado (a Constituição Federal, as Leis do Congresso e os tratados internacionais).

A formação e o desenvolvimento, nos EEUU, de um *Judicial Review* não dependia tanto de sua consagração no texto aprovado em 1789, mas resultou da evolução social e política. A Constituição escrita garantiria, em seu início (art. II, em conexão com o IV), apenas a existência da Suprema Corte, com supremacia da União sobre a legisla-

ção e jurisprudência dos Estados-membros, mas não um sistema pleno de jurisdição constitucional, ou seja, um Tribunal Supremo com poder para anular leis do Congresso. Enfim, esse poder foi-se consolidando fruto de seu evoluir histórico e não de sua simples declaração na Constituição Federal de 1789.

Há, a respeito, doutrina de Hamilton, sobre a supremacia da Constituição, que está contida no seu artigo VI e também nos III e IV, bem como a primeira jurisprudência (já mencionada) da Suprema Corte de 1803, elaborada por Marshall; mas, ao contrário do que se afirma com frequência em análises menos detidas, nem a doutrina de Hamilton, nem a de Marshall se afastaram do empirismo da *Common Law*. O primeiro argumenta, no artigo 75 de *O Federalista*, mais com a lógica do que com a Constituição Federal. O segundo apresenta a faculdade dos juízes de revisar as leis não a partir dos artigos III e VI da Constituição Federal, mas como algo derivado da “natureza das coisas e da razão”, ou seja, da *Common Law*.

Depois dessa decisão de Marshall no caso já mencionado *Marbury vs Madison*, a Suprema Corte, até 1865, só havia cassado uma lei e um *Act* processual (e, mesmo assim, apenas parcialmente, e por duas vezes). Só após a Guerra de Secessão (em termos revolucionários, muito mais importante que a Guerra da Independência), com a vitória da União e o seu fortalecimento, é que a Suprema Corte passou efetivamente a controlar a constitucionalidade de leis, tanto federais como estaduais, que contrariassem a Constituição Federal.

A extensa evolução da Emenda XIV de 1868 e de sua interpretação é um compêndio dessa prática e demonstra a predominante influência da História em seu desenvolvimento. A maior parte do Direito Constitucional norte-americano giraria em torno disso até o final do século XIX, em um processo de interpretação que cada vez mais promovia a recriação de seu objeto e o afastamento do texto daquela Emenda. O autor

lembra, ainda, que, passados mais de 100 anos, em 1990, afirmou-se que “a jurisprudência sobre a Emenda XIV se encontra num estado de profunda transformação”(Robin West).

A partir do estudo da dinâmica constitucional dessa Emenda, é possível compreender os efeitos da expansão e potência da *Judicial Review of Legislation* sobre o Direito Constitucional estadunidense. Em definitivo, trata-se de um Direito Constitucional jurisprudencial, conseqüência, por uma parte, da atrofia do *amending power* (devido ao excesso de limites formais impostos pelo art. V da Constituição de 1787), o poder da reforma constitucional, e, por outra, do processo acumulativo da jurisprudência da Suprema Corte, que se pôs em funcionamento em 1789 e alcançou seu maior desdobramento no grande período de ativismo judicial sob as presidências de Warren e Burger (1953-1986).

Essa metamorfose judicial do Direito Constitucional dos EEUU cristalizou, na segunda metade do século XX, uma crescente substituição de sua base formal – a Constituição de 1829 e suas 27 Emendas – por outra, *jurisprudencial, material e aberta*. Essa transformação é vista por um autor como um “processo de desaparecimento da Constituição” e como a gestação de um “Direito Constitucional sem Constituição” (Lino Graglia).

Na Europa, como na América do Norte, houve uma metamorfose do Direito Constitucional imposta pelas transformações da sociedade. “Esta evolução é um fato político, sem dúvida, mas também um fato social”, conforme afirmação de Leo Hamon, explicando a portentosa transformação do Direito Constitucional francês desde 1791.

Todo esse processo pode ser sintetizado deste modo: a existência da Constituição como lei suprema implica a sua metamorfose: *a jurisdição, chamada a defendê-la, necessariamente a transforma*.

Nesse sentido, o *Direito Constitucional Jurisprudencial* se nos apresenta como uma

transformação jurídica de transcendência semelhante à que teve, no passado, a aparição do Direito escrito, do Direito positivo e do Direito Constitucional. O expansivo futuro do fenômeno não se discute:

“na Europa, a jurisdição constitucional é uma instituição destinada a permanecer e a se estender [...] o esforço por limitar o poder dos juízes se situa sobre todo o âmbito da teoria da interpretação mais que na teoria da Constituição ou da democracia”; “O controle da constitucionalidade não pode ser limitado a suas funções originais. Na medida em que as funções governamentais se ampliam, o controle das jurisdições constitucionais há de se estender a novos campos ... seguindo o exemplo dos Estados Unidos ... A medida em que a Jurisdição Constitucional intervirá na legislação será cada vez maior. As possibilidades de acesso dos cidadãos às jurisdições constitucionais se ampliarão, em parte mediante reformas constitucionais, em parte através de interpretações extensivas ou de práticas compreensivas, como no caso da Itália. À vista da politização crescente da sociedade, essas jurisdições defenderão mais ativamente a estrutura da Constituição, da democracia e do Estado de Direito, assim como os direitos individuais” (Alexander von Brünneck).

Do forte desdobramento do Direito Constitucional jurisprudencial emana a realidade de uma crescente Constituição material *superposta* à original e formal. O que, por sua vez, provoca a necessidade metodológica da Teoria da Constituição de construir um novo conceito para esta, que nada tem que ver com seus anteriores conceitos materiais (como aqueles cunhados por Schmitt, Hauriou, Mortati etc.), senão tomando como base a natureza do Estado atual, sua complexidade, as crescentes necessidades da sociedade em que se move e a ordem internacional em que está inserida.

A chave das novas demandas teóricas e metodológicas é a mesma, pois, da grande transformação que as gera: uma exigência permanente do Direito Constitucional e da constitucionalização do Direito, para cuja satisfação das jurisdições supranacionais se projetam e conectam com as jurisdições constitucionais nacionais em planos de “complementaridade”. (Joël Rideau).

Convém repetir a tese do mestre Jean-François Aubert: “não é possível que a Constituição formal contenha a totalidade das regras constitucionais materiais de um Estado”.

Convertidos os direitos fundamentais (especialmente por causa da conscientização dos horrores causados à humanidade pela Segunda Guerra Mundial) no coração do Estado de Direito e do Direito Constitucional, eles explicam o processo de crescente primazia, na segunda metade do século XX, da jurisdição constitucional dos direitos, ou centro de sua função garantística e o cada vez maior caráter instrumental de suas funções de controle de constitucionalidade e arbitral. Com matizações, “assegurar a constitucionalidade das leis persegue a finalidade única de garantir a vigência dos direitos” (Francisco Rubio Llorente).

“Apenas em dois países, os juízes constitucionais são ‘os juízes da lei’: França e Itália. E não se deve esquecer que, na Itália, numerosos atos legislativos controlados são, não leis parlamentares, senão decretos-leis ditados pelo poder executivo. Algo assim, se observa também a respeito da Espanha” (Louis Favoreau).

Além disso, o controle de constitucionalidade se realiza na Itália fundamentalmente por via incidental, por meio de questões de inconstitucionalidade levantadas pelos juízes, não por via principal ou por recursos diretos de inconstitucionalidade. Por esse controle difuso, “por ser eminentemente garantista (Pizzorusso)” e pelo papel marginal do controle direto de constitucionalidade, a jurisdição constitucional italiana é paradigma de distanciamento do modelo

original europeu e de aproximação com o norte-americano.

A Jurisprudência Constitucional, atendendo às demandas sociais e aos contextos nacionais e internacionais, adota cada vez maior número de normas de referência não-escritas na Constituição nacional e acrescenta a esta novos direitos, liberdades, princípios, valores e normas. Crescentemente, “todas as matérias de Direito público ou privado formam a ‘ramagem’ da Constituição” (Dominique Rousseau) e se considera que “o que há de contar finalmente é a constitucionalização progressiva dos distintos ramos do direito e o progresso que isso representa para a proteção dos direitos fundamentais” (Louis Favoreau).

Ambos os processos - Direito Constitucional Jurisprudencial e constitucionalização de todos os ramos do Direito - fomentam a tendência para uma unificação jurídica e o desaparecimento dos limites da Constituição nacional formal, tendência que se acentua, em particular, sob a ordem jurídica supranacional, ou, exemplificando, sob os efeitos do desenvolvimento do Direito comunitário e da construção ‘constitucional’ da União Européia, que tutela o Tribunal de Justiça de Luxemburgo, seguindo os exemplos e normas da Suprema Corte norte-americana.

Convém destacar a opinião de Antonio Baldassare, presidente do Tribunal Constitucional italiano: “Se na metade do século se pensava que o modelo de Constituição não escrita só podia valer para o mundo anglo-saxão, hoje, sabemos, pelo contrário, que a idéia de uma Constituição real, direta, não-escrita, interpretada, vivida, é uma verdade para toda Europa (*L’Opinione*, 3 de março de 1995)”.

ACOSTA SÁNCHEZ direciona, como um contraponto a essa perspectiva judicial contida nos EEUU, para uma linha do legislador com a situação francesa. Nela, esse autor destaca a importância das *Leis Fundamentais do Reino*, sistema normativo de natureza medieval, para compreender o pro-

cesso constitucional francês pós-1789. As *Leis Fundamentais do Reino* caracterizaram a existência de um pacto político entre o povo e o rei. A importância dessa trajetória deixou como marca, por exemplo, as contradições de funcionamento da Assembléia Nacional Constituinte de 1789, imbricadas pela presença de um direito histórico e, de outra parte, pelo Direito Natural.

Conclui o autor estudado que, diferentemente do quadro constitucional norte-americano, há no caso francês um *sentido social*. É o predomínio, por influência dessa tradição medieval (*Leis Fundamentais do Reino*), da Lei sobre a Constituição. É um processo constitucional sem constituição.

Na obra em exame, há uma perspectiva jurídica no capítulo V, em que se destaca um resumo da *dinâmica* do sistema constitucional norte-americano, sobressaindo a presença da Suprema Corte (notadamente quando presidida por Warren e Burger nos anos 1960-1970). Há um ponto importante na sua articulação com a realidade francesa no sentido de que, nesse período citado, o sistema constitucional norte-americano acaba por se definir, de certo modo, como *sem constituição* pelo ativismo judicial (por conta do distanciamento, por via interpretativa, de sua base formal – de seu texto escrito –, conforme informado há pouco). Podemos encontrar, nesse capítulo V, uma rica análise a respeito do originalismo/interpretativismo¹⁰.

Por essa razão, com auxílio na minuciosa resenha, por Gerardo PISARELLO, da obra de Javier DORADO PORRAS¹¹ (2003), detalharemos mais as conclusões já alcançadas na leitura de ACOSTA SÁNCHEZ (1998) sobre o estudo do ativismo judicial norte-americano.

Nesse ponto, é provável que seja verdade a afirmação de que o controle judicial da constitucionalidade representa, como já foi demonstrado, a contribuição mais original da cultura jurídica dos EEUU ao constitucionalismo de nosso tempo.

Após uma custosa evolução, esse fenômeno se estendeu à maioria dos atuais Estados

constitucionais, em que o debate em torno da jurisdição constitucional, difusa ou concentrada, passou a ocupar um lugar central.

Essa transformação justifica o interesse que pode suscitar o recente livro de DORADO PORRAS (2003). Segundo esse autor, o debate sobre o *Judicial Review* nos EEUU realizou-se a partir de dois pontos de vista distintos. Cada um deles, por sua vez, conteria duas posições:

a) por um lado, existe uma abordagem ideológico-política à função judicial, que estabelece uma disputa entre os partidos do ativismo judicial e os da auto-restrição (*Activism versus Self-restraint*).

b) por outro lado, existe um enfoque técnico-jurídico que se ocupa dos métodos da interpretação da Constituição e recolhe as duas posições encontradas: o interpretativismo e o não-interpretativismo.

Para os interpretativistas, a Constituição e, em concreto, os direitos fundamentais teriam um significado unívoco que os juízes poderiam desentranhar “se sair das quatro esquinas do texto constitucional”, sem recorrer a fontes extranormativas. Os não-interpretativistas, ao contrário, sustentam que, junto a determinados preceitos constitucionais precisos ou claros, existem outros – que compreendem os direitos fundamentais – perante os quais os juízes têm mais de uma possibilidade de interpretação.

Também os pontos de vista ideológico-político e técnico-jurídico podem combinar entre si, dando lugar, como se verá, a distintas posições. Dessas combinações resulta, segundo DORADO PORRAS (2003), uma incontestável subordinação dos métodos técnico-jurídicos de interpretação à atitude ideológico-política acerca do papel dos juízes em geral. Isso não quer dizer que os métodos técnicos sejam irrelevantes. Simplesmente serve para assinalar como a adoção destes depende da postura de fundo que previamente se tenha sobre o ativismo judicial e não a inversa.

Uma abordagem inicial permite encontrar críticas ao ativismo judicial tanto no

lado dos interpretativistas como no dos não-interpretativistas¹².

a) Os interpretativistas estritos ou Originalistas, em termos gerais, sustentam que a Constituição teria um sentido unívoco, coincidente com a vontade dos pais fundadores (*founding fathers*). Em conseqüência, ali onde o *original intent* não oferecesse uma resposta clara, o juiz deveria praticar a auto-restrição (*self-restraint*) e deixar que tal questão fosse decidida pelo legislador. Se o Originalismo não é adequado, disse um dos seus mais conspícuos representantes, a única solução é abandonar a *judicial review* e “deixar que governem as maiorias democráticas, pois não há um direito superior ao seu”.

Apesar de sua aparência democrática, essa posição corresponde a um antiativismo conservador e se remonta à crítica do ativismo progressista do denominado Tribunal Warren (*i.e.*, o período compreendido entre 1953 e 1969 em que a Corte Suprema foi presidida por aquele juiz), principalmente, e do Tribunal Burger (1969-1986). Seus defensores constituem o que Bernard Schwartz denomina nova direita constitucional e formam parte de uma corrente que ganhou força com a nomeação, durante o governo de Ronald Reagan, de 368 juízes – mais da metade dos que integram a justiça federal – extraídos das fileiras do conservador partido republicano. Entre eles figuram o atual presidente do Tribunal Supremo, William Rehnquist, os juízes Antonin Scalia e Robert Bork ou Raoul Berger, em cujo livro - *Government by Judiciary* (1977) – são expostos os principais postulados do Originalismo.

b) Uma outra corrente antiativismo judicial, ou que ao menos pretende sê-lo, seria a do *não-interpretativismo moderado*. Seus expoentes, em geral, são partidários da chamada *diferença judicial*. Crêem que a Constituição não teria um sentido único, apenas que comportaria uma combinação de normas claras e normas abertas. Diante dessas últimas, afirmam, os juízes deveriam deixar a resposta final ao legislador. Essa corrente

constitui a base de uma objeção contra-maioritária aos juízes constitucionais, segundo a qual estes carecem de legitimidade para dar a última palavra em matérias relevantes de política constitucional, já que não são eleitos pelo povo nem têm responsabilidade diante do eleitorado.

Do ponto de vista histórico-político, estaríamos em princípio diante de um *progressivismo antiativista*. Não obstante, essa situação admite vários matizes. DORADO PORRAS (2003) reconhece duas versões:

A primeira está dada pela corrente não-interpretativista, que reage contra o chamado tribunal do *laissez-faire*, que se estende desde o início do controle judicial de constitucionalidade, de 1803, portanto, até 1937. Essa etapa foi conhecida também como *Era Lochner* e, durante seu curso, a Corte Suprema utilizou a cláusula do devido processo legal (*due process of law*) das Emendas V e XIV para proteger a propriedade privada e obstaculizar qualquer tipo de legislação social que pretendesse modificar o regime do livre mercado. Diante desse ativismo conservador, que pretendia atribuir à Constituição um sentido econômico único, decorrente do liberalismo capitalista, reagiu o não-interpretativismo moderado. Uma de suas figuras mais rutilantes foi o juiz Oliver Wendell Holmes, que, como membro do Tribunal Supremo, manteve posturas afinadas com a diferença e já em sua dissidência no julgamento do caso *Lochner vs. Nova York*, em 1905, emitiu o célebre *dictum* segundo o qual

“a Emenda Décima Quarta não reconhece as teorias de Mr. Spencer – Estática Social em 1851, inspirada numa espécie de ‘darwinismo social’. Ali, condenava qualquer intervenção do Estado em favor dos mais deserdados como uma degradação da espécie humana. Era, pelo contrário, a própria lei da natureza a que devia determinar a sobrevivência dos mais aptos e o piedoso desaparecimento dos débeis [...], a Constituição não pretende

reconhecer uma particular teoria econômica, ainda que seja pelo paternalismo e a relação do cidadão com o Estado do *laissez-faire*”.

Uma segunda linha de pensamento, mais perto no tempo, que restabelece o não-interpretativismo moderado é a de John Hart Ely. Em nome, mais uma vez, da objeção contra-majoritária, Ely dirige suas críticas ao ativismo e à utilização, por parte dos juízes, de seus próprios valores substantivos na hora de proferir sentenças. Em termos gerais, Ely intenta oferecer uma versão restrita do controle judicial, que expulse os excessos de ativismo, mas mantenha critérios progressistas em matéria de interpretação. Diante das correntes hermenêuticas substantivistas, Ely propõe uma teoria adjetiva, consistente em apresentar o juiz como árbitro, como um *outsider* encarregado de controlar a permanente abertura dos canais procedimentais democráticos e proteger as minorias. No modelo de Ely, os juízes não teriam por função se pronunciar sobre o conteúdo que as políticas constitucionais fundamentais deveriam ter, senão garantir a maximização de mecanismos democráticos que permitam a participação de todos na sua definição.

Desse modo, o não-interpretativismo moderado se apresenta como uma postura progressista partidária da auto-restrição. Sem dúvida, uma visão mais detida permite notar, paradoxalmente, segundo cremos, que tanto as posturas de Holmes, na prática, como as de Ely, na teoria, estabelecem, de certa forma, novas formas de ativismo judicial.

Holmes, por um lado, foi antiativista frente à tendência majoritária do conservador Tribunal da *Era Lochner*, mas impulsionou uma jurisprudência ativista-progressista no que se refere às liberdades individuais, mediante a chamada teoria das liberdades preferentes (*preferred freedoms*), sobretudo em matéria de liberdade de expressão.

Na teoria adjetiva de Ely, por sua vez, levantou também algumas interrogações.

Lawrence Tribe, por exemplo, objeta que é um absurdo sustentar que a constituição se ocupa (ou deveria fazê-lo) do adjetivo, do processo e não da substância. Ademais, em caso de ser assim, apenas o discernimento de quanto se está diante da necessidade de abrir o processo democrático exigiria considerações substantivas. Dessa forma, teriam de ser levadas em consideração questões como a definição dos que votam, a abertura de canais de participação popular, a não-marginalização das minorias etc. Enfim, o juiz idealizado por Ely, encarregado de promover o controle de constitucionalidade de leis, apresenta-se-nos como um robusto ativista judicial, ainda que num sentido progressista.

Entre os partidários do ativismo judicial, DORADO PORRAS (2003) identifica duas atitudes:

A primeira delas corresponde ao *interpretativismo moderado*, representado por Ronald DWORKIN (2002). Sua posição poderia ser descrita como a de um substantivista, interpretacionista e ativista. Como ponto de partida, DWORKIN propõe distinguir juridicamente os conceitos das concepções. Estas últimas compreenderiam eleições claras do constituinte e, portanto, deveriam ser aplicadas por meio de uma interpretação literal do texto da norma. Os conceitos, ao contrário, seriam abertos e vagos e estabeleceriam um problema de interpretação, já que podem conter concepções concorrentes de moralidade política. Daqui poderia derivar uma tese partidária de diferença judicial. O juiz aplicaria as concepções, reservando ao legislador a concretização dos conceitos. Sem dúvida, a idéia de que a Constituição tem um sentido único leva DWORKIN a sustentar que a concepção de um juiz pode ser preferível à de um legislador e que, em consequência, haveria uma concepção moralmente melhor que as outras. Para descobrir essa melhor e única resposta, DWORKIN reveste seu modelo de juiz de qualidades hercúleas¹³, que o mandam indagar não só o texto positi-

vo, como também a filosofia moral e política. Em princípio, também nesse caso, estaríamos ante um ativismo progressista. DWORKIN avança até uma teoria dos valores para justificar as jurisprudências dos tribunais Warren e Burger. Por outro lado, tratar-se-ia de uma postura que resiste à objeção contra-majoritária já que, precisamente, intentaria demonstrar, contra o enfoque utilitarista, que os direitos constitucionais são verdadeiros trunfos perante a maioria. Sem dúvida, seu interpretativismo mereceu críticas sérias e fundadas sobre as que não vamos estender-nos aqui. Sua teoria, já se disse, não elimina a discricionariedade do juiz, só a adia. Que ocorreria se existissem dois ou mais juízes Hércules convencidos de terem a única resposta correta? Seria isso desejável? Por outro lado, o interpretativismo de DWORKIN seria muito *sui generis*, já que sustenta que a Constituição tem um sentido unívoco, mas admite que este possa ser encontrado fora das “quatro esquinas” de seu texto. Mais ainda, no caso em que o juiz de DWORKIN se encontrasse frente a uma norma positiva que ele julgar injusta, estaria autorizado a mentir ou a dizer que não é válida, ou que simplesmente ela não é Direito.

Sobre a base dessas críticas, seria possível identificar uma segunda posição ativista e substancialista, qual seja, a do não-interpretativismo estrito. À guisa de exemplo dessa postura, poder-se-ia falar de M. J. Perry. Em sua opinião, os que intentam defender o ativismo com argumentos textualistas ou históricos fazem um franco favor à *judicial review* não-interpretativa. Para ele, não existiria um sentido único na Constituição e, em definitivo, é que cada geração julga materialmente sua Constituição viva (*the Living Constitution*). Por isso, mostra, é preciso reconhecer abertamente que a tarefa do Tribunal Supremo não é de interpretação constitucional, mas, isto sim, a de uma verdadeira *criação política* (*policy making*).

Os juízes não devem ocultar seus motivos na justificação de suas decisões e pre-

tender que falam pela Constituição quando, na realidade, falam por seus próprios valores. E agora, de onde deveria o juiz extrair esses valores? Em um primeiro momento, Perry sustenta que a fonte valorativa seria o consenso social, mas, diante de uma acertada crítica de Ely, muda sua consideração inicial e admite que o juiz os adquire da experiência, do estudo e da reflexão, quer dizer, de sua própria vida¹⁴. E com que direção? Em um único sentido, responde Perry: a proteção dos direitos humanos.

Também aqui poderíamos encontrar uma atitude que propicia uma hermenêutica progressista, mas que mantém uma atitude de radical descrença quanto à possibilidade de determinação de áreas claras de aplicação das normas. O juiz, como vimos, atuaria conforme seus valores, mas com a finalidade de proteger os direitos humanos. Para que sua decisão seja legítima, Perry exige dois requisitos: que seja fundamentada, argumentada; e que as decisões sejam, no máximo, *extraconstitucionais*, mas em nenhuma hipótese *contraconstitucionais*, já que, neste caso, a decisão não poderia ser entendida como jurídica.

Esta seria uma síntese da descrição que DORADO PORRAS (2003) apresenta em seu artigo. Em seguida, procuraremos resumir, em alguns poucos pontos, a posição desse autor, bem como nossa crítica.

DORADO PORRAS sustenta que o ponto-chave que subjaz ao debate norte-americano sobre o *Judicial Review* reside em uma *tomada de posição frente ao ativismo* e, sobretudo, ao ativismo progressista dos tribunais Warren e Burger.

Além disso, critica a obsolescência da posição Originalista, equiparando-a à envelhecida idéia de Montesquieu do juiz como *boca da lei*. Ademais, assinala que a preocupação do conservadorismo Originalista está relacionada à interpretação da Constituição em um sentido progressista, pois seria preferível fazê-lo, segundo essa corrente, respeitando à intenção dos pais fundadores, quer dizer, com critérios defa-

sados que, na maioria dos casos, contradiriam uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais.

Sem dúvida, reconhece também, que a importância do Originalismo, de acordo com a teoria de Ely, é haver advertido sobre os riscos contra-majoritários do ativismo: a substituição dos representantes do povo pelos juízes poderia trazer mais problemas do que vantagens.

Por sua parte, o valor das teorias substantivas seria o de destacar a necessidade de adaptação do direito por meio da interpretação constitucional.

O juiz constitucional, sustenta DORADO PORRAS (de acordo com as premissas do modelo kelseniano de controle de constitucionalidade), deveria exercer as funções de um legislador negativo, que delimitaria o marco dentro do qual o Parlamento pode realizar as diferentes alternativas político-jurídicas, mas sem impor uma determinada direção.

Esta última afirmação supõe o repúdio à idéia de um sentido unívoco da Constituição. Em qualquer caso, DORADO PORRAS admite que o juiz teria uma margem para adaptar o direito à realidade social e determinar se o legislador está dentro ou não do marco constitucional. Não obstante, a exemplo do legislador, o juiz também está sujeito à Constituição.

Observamos que, além das duas formas de interpretação consolidadas no final dos anos 70 e início dos 80, há, hoje, o debate de minimalismo defendido pelo *Justice* Scalia e sistematizado por Cass R. SUNSTEIN (2001). Foi dada, também, relevância para o pensamento legal de caráter progressivista. Essa nova linha corporifica-se, na verdade, no *American Legal Realism* dos anos 20. É importante destacar, ainda, uma “terceira via” (além do interpretativismo/originalismo e não-interpretativismo/não-originalismo) destacada por John Hart Ely. ACOSTA SÁNCHEZ (1998) faz, também, referência a uma certa preocupação na Teoria da Justiça de John RAWLS (2000). Matizando o Ori-

ginalismo, Ely defende um *procedimentalismo* (veja Habermas e as nossas conclusões sobre a leitura da obra citada de PRIETO SANCHÍZ, 2000). Outra parte central para essa visão norte-americana da idéia de um Direito Constitucional jurisdicionado é a concepção da Constituição como processo (*Living Constitution*)¹⁵, contida, por exemplo, no pensamento de S. Griffin.

Ultrapassando esse horizonte teórico e prático norte-americano, voltamos nossa atenção para a Constituição francesa. Destaca-se, novamente, a tese do debate constitucional francês da *falta de uma lei suprema* (há um *império da lei*). Foi sublinhada, mais uma vez, a concepção de ACOSTA SÁNCHEZ (1998), segundo a qual a contribuição francesa é um *constitucionalismo sem constituição*. Outra passagem importante é a presença da Constituição de 1848, inexistindo nela uma especificidade e originalidade para o controle da Constitucionalidade. Há, ainda, pontuações a respeito das Leis Constitucionais de 1875.

Delimitadas as contribuições norte-americana e francesa, debruçamos-nos sobre a análise do processo constitucional pós-1945. Assim, pontuaram-se os fatores dominantes ou históricos para essa Constituição Normativamente e Jurisdicionalmente Protegida, com destaque para a variável da estabilidade do ordenamento (princípio da Segurança Jurídica).

No tocante aos fatores determinantes para o desenvolvimento da Jurisdição Constitucional, foi sublinhado como importantíssimo o tema dos Direitos Humanos após a 2ª Guerra Mundial, merecendo uma reflexão de todos a respeito do Direito Internacional Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Concluímos no sentido de que são os direitos fundamentais o núcleo da Constituição, de modo que sua proteção é a principal razão da existência do Estado.

Outro aspecto de atenção foi a leitura e crítica de ACOSTA SÁNCHEZ (1998) a respeito de Hans KELSEN (1987; 1998)¹⁶.

Destaquem-se as críticas de Crissafulli e Luhmann no sentido de a Jurisdição Constitucional kelseniana ser uma “Construção Inútil”. Completamos o quadro com a referência ao federalismo com pontuação ao Caso Belga. Nele, há a projeção do Tribunal de Arbitragem como instrumento para a consolidação do sistema federativo (Reforma Constitucional de 1993) e de uma idéia de Jurisdição Constitucional na Bélgica.

Aduzimos, por fim, que ACOSTA SÁNCHEZ (1998) se preocupa, ainda, com a presença constitucional francesa. O centro de discussão foi, nesse ponto, a concepção do *bloco constitucional*¹⁷ (decisão de 16 de julho de 1971) para o aperfeiçoamento do Conselho Constitucional. Vale lembrar como, para ACOSTA SÁNCHEZ, a matriz francesa é importante para o debate constitucional contemporâneo, uma vez que se trata de um tipo de controle único em seu gênero que, em conjunto com o controle difuso dos EEUU e o controle concentrado do Tribunal Austríaco, formam os três modelos originais de sistemas de controle de constitucionalidade de normas jurídicas.

3. Entre o legislador e o juiz

Tendo como fundamento, principalmente, ACOSTA SÁNCHEZ, secundado por DORADO PORRAS, procedemos a leitura do artigo de PRIETO SANCHÍZ.

Quanto ao texto de PRIETO SANCHÍZ (2000), sem dúvida nenhuma, este está vinculado à diferenciação entre o positivismo e a legalidade, de um lado, e o ativismo judicial e a legitimidade, de outro. Fixa-se o autor num tratamento político da legalidade na sua vertente democrática. Isto é, na pontuação entre legislador e juiz. PRIETO SANCHÍZ perfaz uma análise a respeito de Jürgen Habermas na sua restrição sobre a *justiça constitucional*, que é apresentada e desenvolvida num sentido mais ordinário e procedimental. Após essa reflexão, PRIETO SANCHÍZ apresenta a teoria de Hans KELSEN (1987) com um histórico da expe-

riência (frustrada) da República de Weimar, deixando claro que esse jurista não desconhecia o tema dos Direitos Fundamentais¹⁸.

Pontuamos como PRIETO SANCHÍZ (2000) demonstra as limitações do modelo kelseniano de Constituição (e de controle de constitucionalidade) e a superação da perspectiva “decimonônica”¹⁹ de lei. Para tanto, PRIETO SANCHÍZ irá inspirar-se na obra de Gustavo ZAGREBELSKY. Esse autor italiano nos remete, assim, para a constituição de princípios (ZAGREBELSKY, 1995). Nela que se efetivará como mediação e limite. PRIETO SANCHÍZ acentua, ainda, as contribuições norte-americana e francesa na compreensão da lei e da Constituição²⁰.

Foi discutido o aspecto discricionário do legislador quando na edição de leis, no sentido que a vontade do legislador não precisaria de justificação para ser convertida em lei. Concluímos, no entanto, ao contrário do entendimento positivista de Hans Kelsen, que essa discricionariedade não é tão imotivada assim (cf. BOBBITT, 1982) (“*cueing function*”). E quanto ao juiz, essa discricionariedade teria lastro na argumentação racional. Os próximos itens considerados que iremos apresentar são a ponderação e proporcionalidade em PRIETO SANCHÍZ (2000) iluminadas pelos princípios gerais do Direito e, em especial, pelos Direitos Fundamentais.

Deu-se continuidade à leitura de SANCHÍZ (2000) e foi observada, assim, a necessidade de superarmos as concepções de métodos de interpretação relacionados ao positivismo jurídico. PRIETO SANCHÍZ defende, por consequência, a preponderância de uma razoabilidade via proporcionalidade/ponderação. O autor segue, rigorosamente, o debate de proporcionalidade sustentado por Robert ALEXY²¹. Ressaltamos, com base na leitura daquele artigo, que não podemos ter mais as diferenças tradicionais e segmentadas entre Justiça ordinária e a Jurisdição Constitucional. Deve-se ressaltar que o critério de distinção não seria, propriamente, de matéria constitucional, mas,

isto sim, do *sentido* de justiça. Foi sublinhada, também, a idéia da *consciência do povo*²². Lemos em Cristina QUEIROZ (2000, p. 30), na sua obra sobre Constitucionalismo e Interpretação Judicial, que esse é um dos critérios existentes para aferir valores ou princípios dentro do sistema aberto das Constituições.

4. O sentido da norma

Quanto a Castanheira NEVES (1998, p. 13), deve ser pontuado, conforme seu artigo citado, que as leis, hoje, *não são mais do que prescrições de certas forças políticas*. O jurista português comenta qual deveria ser o papel da lei, se num sentido mais normativo (jurídico), se num sentido mais político. Assim, esse autor apresenta três modelos de classificação do sistema jurídico conforme o sentido a ser dado às leis, que denominou de *normativismo legalista*, de *funcionalismo jurídico* e de *jurisprudencialismo*.

No primeiro modelo, encontramos a força da legalidade, segundo a qual “*o direito seria a lei, unicamente a lei*” (NEVES, 1998, p. 16). Depois examinamos o *funcionalismo* e a sua vinculação com o Estado de Bem-Estar Social. Em relação ao modelo anterior, a lei perde sua força plena, passando a estar à disposição de qualquer política prescritiva. O *jurisprudencialismo*, síntese dos modelos anteriores, é entendido como o modelo do homem concreto. O autor estudado faz um histórico de cada um dos modelos, relacionando-os com os argumentos filosóficos e interesses políticos de cada tempo. Por exemplo, o *normativismo legalista* estaria vinculado a um jusracionalismo e ao liberalismo econômico; o *funcionalismo* sofreu as críticas do movimento direito livre, da jurisprudência do interesse e da jurisprudência sociológica.

Não obstante, Castanheira NEVES (1998, p. 18) ter devotado uma atenção toda especial para o *funcionalismo sistêmico*, acrescentaremos, ainda, alguns comentários a respeito do *jurisprudencialismo* (modelo que representa a síntese do pensamento daquele autor), que trata o direito a partir de uma

perspectiva homem-pessoa e está diretamente a serviço de uma pessoa qualificada e historicamente concreta. Esse modelo se substancia na prática dinamizada pelos conflitos também concretos, cuja “intencionalidade capital é a realização nessa prática e através dela”. Ao estudarmos esse autor, e visando nos aproximar de nosso ponto de interesse, a Jurisdição constitucional, recordamos-nos vivamente de Luís PRIETO SANCHÍS (2000, p. 188) quando cita ZAGREBELSKY, ressaltando que

“já não se pode pensar na Constituição como centro do qual tudo derivava por irradiação através da soberania do Estado no qual se apoiava, e, sim, como centro para o qual tudo deve convergir; (...). A ‘política constitucional’ mediante a qual se consegue esse centro não é a execução da Constituição, e, sim, a realização da mesma em um dos cambiantes equilíbrios nos quais pode se tornar efetiva”.

Consideramos que os três modelos de classificação desse jurista demonstram uma evolução do Estado Liberal (a partir do normativismo legalista), com ênfase para as funções do Poder Legislativo, para o Estado Social (funcionalismo), com predominância das funções Administrativas e sua capacidade de promover políticas de interesse primordial da coletividade, e do Estado Social para um Estado Democrático de Direito (jurisprudencialismo), próprio de uma Sociedade pluralista, aberta aos mais diferentes valores, interessada principalmente na proteção e defesa de direitos que se consideram fundamentais para o desenvolvimento individual dos membros dessa Sociedade. Nesta sociedade complexa, em que há tantos valores legítimos em conflito, as funções do Poder Judiciário atingem seu ápice, pois é a partir do ativismo dos juizes que os direitos são reconhecidos dentro da consciência jurídica dessa Sociedade e a constituição *material* vai sendo escrita.

Dentro dessa nossa análise de jurisdição constitucional, fica a marca da contri-

buição de Castanheira NEVES (1998) no sentido de repensar uma teoria do direito via uma produção jurisdicional. Castanheira NEVES, por exemplo, não avança maiores discussões a respeito de um direito procedimental e argumentativo.

5. A moralidade e o direito

Iniciamos a leitura de ALEXY (2000) com uma síntese de seu texto. Verificamos que esse jurista alemão analisa a importância do critério de ponderação no nível do Tribunal Territorial (há um conflito entre um bem e um determinado direito). No Superior Tribunal, há prevalência da *fórmula de Radbruch*. E, por fim, no Tribunal Constitucional Alemão, o exame do artigo 103 da LF, isto é, do limite ou não do princípio da retroatividade. Cabe destacar que a Teoria Constitucional abre um especial espaço para um exame de quais são os limites para os Direitos Fundamentais.

A atenção de ALEXY (2000, p. 205) centraliza-se, neste artigo, nas fundamentações das decisões judiciais que envolveram o *caso dos sentinelas de fronteira* e a discussão quanto a se saber se os atos praticados conforme o direito positivo de uma época poderiam ser condenados por conta da injustiça de suas disposições normativas. Notadamente, ALEXY discorre sobre a *fórmula de Radbruch* a respeito do direito injusto. ALEXY observa que a *fórmula de Radbruch* não faz desaparecer o aspecto positivado diante da moral. Indagamos, assim, qual seria o critério de fato para saber se uma lei contém excessivo caráter injusto. De nossa parte, procuramos enquadrar os argumentos de ALEXY nas concepções alcançadas a partir de ACOSTA SÁNCHEZ, PRIETO SANCHÍZ e Castanheira NEVES. Houve certa naturalidade, de nossa parte, de ver ALEXY próximo ao *jurisprudencialismo* de Castanheira NEVES.

Conforme nosso entendimento, o autor alemão, por esse artigo citado, busca o entendimento da construção do pensamento

dos tribunais alemães quando das condenações dos soldados e de seus comandantes, como autores imediatos e mediatos das mortes de fugitivos da República Democrática Alemã (fundada em 1949, controlada pela então União Soviética e reunificada à República Federal da Alemanha 1990, reunificação esta oriunda da salvação da democracia por meio de uma “*aliança temporária e bizarra entre capitalismo liberal e comunismo*” (HOBSBAWM, 1995, p. 17) que levou à vitória sobre a Alemanha nazista²⁴.

O caso dos sentinelas da fronteira pode ser assim descrito: trata-se do julgamento das ações dos soldados que, na noite de 14 de fevereiro de 1972, resultaram na morte de um homem que tentava atravessar a fronteira do rio Spree. Tais sentinelas agiram no estrito cumprimento de seu dever, conforme determinava o regulamento de serviço nº 30/10, datado de 1967, do Ministério para a Defesa Nacional da RDA. Foram, inclusive, objeto de distinção por méritos e premiação em dinheiro. Porém, vinte anos depois das ações dos soldados, em novembro de 1992, dois anos após a reunificação da Alemanha, o Supremo Tribunal Federal confirmou a punibilidade dos soldados conforme decisão do Tribunal Territorial de Berlim, este que interpretou a Lei de Fronteiras da RDA (*DDR-GrenzG*), a qual entrou em vigor em 25 de março de 1982, de acordo com os “princípios do Estado de Direito”, vinculando sua decisão ao princípio da proporcionalidade.

A ação dos soldados, na interpretação do Tribunal Territorial de Berlim, constituiu homicídio doloso cometido em co-autoria, tanto de acordo com o direito penal da RFA, quanto da RDA. Mas, à época, a Lei sobre as funções e competências da polícia popular alemã (*VoPoG*), de 11 de junho de 1968, estabelecia que os membros do exército popular estavam autorizados a “executar as competências reguladas nesta lei em cumprimento das funções militares de vigilância, ordem e segurança conforme as instruções do Ministro para a Defesa Nacional”, podendo abrir fogo para evitar o iminente

cometimento ou a continuação de um fato punível o qual, em função das circunstâncias, poderia constituir um delito. Tratava-se de um delito contra a ordem pública o cruzamento ilegal da fronteira, ou seja, a fuga da República, rubrica qualificada no Código Penal da RDA (*DDR-StGB*).

A Constituição da RDA, de 6 de abril de 1968, reconhecia o direito à vida e à integridade corporal, e muitos direitos humanos eram reconhecidos por parte da Alemanha Oriental. O Tribunal Territorial entendeu que não havia nenhuma causa de justificação que estivesse à disposição dos soldados da RDA, uma vez que haviam cometido um fato punível, inclusive segundo o direito então vigente na RDA. A conclusão do Tribunal foi de que a ação foi antijurídica, tanto sob a ótica do direito da RFA, quanto conforme ao da RDA.

O Tribunal Supremo Federal, em sua sentença de 26 de julho de 1994, confirmou a sentença, mas com fundamentação diferente, uma vez que houve uma retroatividade encoberta que, na visão de ALEXY, é mais grave que a aberta. O Tribunal Territorial entendeu que a ação estava em si justificada segundo aquele direito vigente na RDA, posicionamento rechaçado pelo STF. No entendimento do STF, em sede de recurso, os disparos justificavam-se com base no § 17.2.a *VoPoG* e no Regulamento de serviço 30/10, tanto em seu teor literal como segundo a “prática estatal da RDA ao tempo dos fatos”, tanto assim que integravam o direito positivo então vigente. Assim, o guarda de fronteira só poderia ser apenado, em primeiro lugar, se houvesse algo que neutralizasse a justificação outorgada pelo direito positivo então vigente na RDA e, em segundo lugar, se esta eliminação transgredisse o princípio da irretroatividade.

A eliminação da justificação pode ser feita por um direito suprapositivo. Para tanto, o STF recorreu à fórmula de Radbruch²⁵, a qual estabelece que o direito vem determinado não só pela positividade válida, formalmente estabelecida e socialmente eficaz,

como também por seu conteúdo (de justiça material). O direito positivo perderia sua validade quando a contradição da lei positiva com a justiça alcançasse uma medida insuportável.

Quanto aos membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA, num total de sete homicídios, o TTB condenou-os por autoria e participação e, em sede de recurso, o TSF considerou todos autores mediatos. No centro das decisões do TSF encontra-se a proibição da retroatividade do art. 103.2 da Lei Fundamental.

O guarda de fronteira, então, resolveu questionar sobre a lesão do princípio da culpabilidade²⁶, uma vez que a violação da norma penal não tinha sido evidente para ele.

A questão central do texto é a fundamentação da sentença do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o qual não é uma instância superior de revisão, limitando-se à observação de possível inobservância ou vulneração (*Nichtbeachtung*) dos direitos fundamentais, não tendo que comprovar se o Tribunal Penal interpretou ou aplicou adequadamente as disposições da RDA. O Tribunal Constitucional entendeu que a proibição constitucional quanto à retroatividade é absoluta. Porém, considerando as circunstâncias, o Tribunal entendeu que a punibilidade deveria ser julgada, uma vez que o Estado “não respeita nem a democracia nem a divisão de poderes nem os direitos fundamentais”, considerando que “proteção estrita da confiança mediante o 103.2 da Lei Fundamental não deve ser aplicada”, entendendo que a vedação refere-se, em primeiro lugar, ao desrespeito à democracia, à divisão de poderes e aos direitos fundamentais e, apenas então, em segundo lugar, quando, sob estas circunstâncias, se prevejam causas de justificação que amparem direito extremamente injusto.

ALEXY (2000) questiona quanto à contradição exposta pelo Tribunal e questiona: “como pode algo ser absoluto, mas limitado, regular estritamente e, em troca, estar em

conflito com outros mandatos ‘irrenunciáveis’; estar dotado de caráter absoluto e estrito e, todavia, ter que renunciar ou inaplicar-se?”

O resultado da decisão do Tribunal Constitucional, no entendimento de ALEXY, salvo a solução encontrada para o problema da culpabilidade, foi correto. Porém, o pensador alemão aponta que a solução constitui um exemplo clássico de que um resultado, por mais correto que possa ser, não basta. O que importa é a fundamentação da decisão. Nessas circunstâncias, há de se refletir sobre “a razão prática em ação no direito moderno e, particularmente, no direito político”, apontado por Habermas como “razão instrumental” que, no entendimento deste filósofo alemão, toma conta dos sistemas do Estado liberal ou do Estado-Providência (GOYARD-FABRE, 2003, p. 317).

Avançando em suas considerações sobre “O paradigma ‘comunicacional’ da democracia segundo J. Habermas”, GOYARD-FABRE (p. 317-339) aponta a prefiguração do pensador alemão quanto à “tirania da administração e o ‘governo dos juízes’”, alertando que o pensador tem o exato entendimento de que tais afirmações já foram muitas vezes feitas desde Alexis de Tocqueville e Max Weber. Porém, a filósofa da Universidade de Paris II afirma que Habermas vê, de forma muito lúcida, a insinuação de “um delírio de justiça social em que se imiscuem de maneira muitas vezes passional e, em todo caso, ideológica, as exigências democráticas e a defesa dos direitos do homem” (GOYARD-FABRE, p. 318).

A autora afirma que o princípio da separação dos poderes está ameaçado, que a lei parlamentar perde força com as constantes alterações legislativas e que a jurisprudência vai de encontro à lei, sendo certo que “a juridicidade do direito é adulterada por uma mistura insólita dos parâmetros e dos gêneros”.

Ao tratar da compreensão contemporânea de democracia, HABERMAS (2003, p. 153) afirma que esta se distingue da clássi-

ca por se relacionar com um tipo de direito que tem como características principais ser positivo, cogente e estruturado individualisticamente, com normas produzidas pelo legislador, sancionadas pelo Estado, objetivando a garantia de liberdades subjetivas. A “idéia de uma ‘dominação das leis’ (*rule of law*), que se concretiza historicamente na idéia dos direitos humanos e da soberania popular, passa a ser vista como uma *segunda fonte* de legitimação”, sendo a primeira, na visão do pensador, segundo uma “interpretação liberal, a autodeterminação democrática dos cidadãos”, que se realiza por um medium desse direito, responsável pela garantia estrutural das liberdades.

Na evolução do pensamento, HABERMAS (2003, p. 156-157) afirma que, em sistemas políticos como o da República Federal da Alemanha e dos EEUU, “que prevêem uma instituição independente para examinar a constitucionalidade das leis emitidas pelo Congresso”, há a profusão de “debates sobre a relação entre democracia e Estado de direito e sobre a posição do Tribunal Constitucional”, apontando a “grande influência política” deste.

Ao tratar de legitimidade do direito, Luís Fernando COELHO (2003, p. 503-560) a define como sendo a qualidade ética do direito. Tal princípio é o “imperativo ético que impõe a todo ordenamento jurídico que seja legítimo”. O autor estabelece que, “no que concerne ao problema da legitimidade, ocorre uma evidente implicação da teoria dos sistemas para a teoria do direito”, apontando ser o *funcionalismo* o marco inicial da nova forma de compreender a sociedade conforme o atual pensamento sociológico, surgido da tentativa de se usar em análise social as noções desenvolvidas na esfera dos estudos biológicos, estes que introduziram conceitos como os de finalidade, de propósitos e, principalmente, de função, esta que passou a ser utilizada nas ciências humanas, “invadindo a sociologia jurídica e a própria jurisprudência”. Na visão contemporânea dos cientistas sociais, em que o pen-

sador destaca os antropólogos, há maior concentração de atenções nas “conseqüências de um fato social particular para a estrutura mais ampla no qual ele está inserido”, divergindo da sociologia positivista, que afirmava serem as causas – e não as conseqüências – o centro da atenção.

As posições conflitantes apontadas ao longo da discussão no questionamento sobre valores, legitimidade, consciência jurídica, segurança jurídica, influência política das decisões judiciais, separação de poderes, funcionalismo e tantas outras questões que geram insegurança revelam o confronto dos direitos individuais e daqueles sociais. Afinal, que valores devem ser considerados para que haja possibilidades dentro dessa nossa “sociedade de risco”? (cf. BECK, 1998). Caberia ao Judiciário “legislar” por meio da jurisprudência, rompendo fundamentos inerentes ao Estado de Direito e à segurança jurídica em nome da Democracia e da segurança social?

Por derradeiro, houve uma intensa discussão a respeito dessa parte conclusiva do texto. Apontou-se para o fato de que ALEXY (2000) reconhece a existência de dois princípios em constante interação, a saber: o da segurança jurídica e o da justiça material. A retroatividade como regra no artigo 103.2 da Lei Fundamental de 1949 decorreria do princípio da segurança jurídica, uma das bases do Estado de Direito. A negação dessa regra só dar-se-ia pela exceção advinda do princípio da justiça material, que tem por parâmetros o Estado Democrático de Direito, *i.e.* a democracia pluralista. Constatamos, assim, o rigor e a coerência do texto de ALEXY. Não se aborda, como ocorre naturalmente no *Judicial Review* norte-americano, a decisão de cada um dos integrantes do Tribunal constitucional; ao contrário, analisa-se a decisão em acórdão. Há uma certa homogeneidade no caso dos sentinelas. Nos EEUU, estaríamos examinando cada voto dos *justices*. De nossa parte, cumpre destacar uma percepção segundo a qual ALEXY quer impor o seu modelo ao afirmar para o

Tribunal Constitucional federal alemão como ele deveria atuar.

6. Conclusão

O impasse vivenciado pela Jurisdição Constitucional destacado por este Grupo de Estudos, nas leituras realizadas tendo como espaço de análise as categorias de Legislador e Juiz, só será mais bem encaminhado se considerarmos a concepção de *consciência jurídica*; concepção essa que é ventilada, aliás, pelo próprio PRIETO SANCHÍZ (2000), quando, escorado em FRANCISCO RUBIO LLORENTE (2003, 179), menciona que parece evidente que “não é na Constituição, mas sim fora dela, onde o juiz buscará o critério com o qual julgar sobre a licitude ou ilicitude das diferenças estabelecidas pelo legislador”, e esse lugar seria tão evanescente quanto a consciência jurídica da comunidade. A consciência jurídica constrói-se com base em dois fundamentos, a saber: um de caráter ético e o outro de sentido de legitimidade/legalidade.

Quanto ao caráter ético, percebemos uma trajetória da consciência jurídica que perpassa desde uma preocupação organicista (Otto Gierke) até uma dicotomia entre uma *consciência nacional* (COMPARATO, 2003)²⁷ e uma de *caráter universal* (TRINDADE, 2003)²⁸.

Além desses pontos, há de se considerar o fato de que a consciência jurídica pode estar, também, vinculada à noção de auditório (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2000, p. 35-37)²⁹, *i.e.*, à noção de consenso de um modo pluralista. Considerando a Sociedade como um auditório, é para este que os mais variados discursos são apresentados, visando à busca de consenso e apoio do conjunto da Sociedade: quanto mais universal e abrangente for o discurso, maior será o auditório e maior será a chance de grupos dentro da Sociedade pluralista aceitarem os argumentos apresentados.

Considerando o sentido de legitimidade/legalidade, é importante apontar a

contribuição de Georges VEDEL (apud BONAVIDES, 1998, p. 116), pela qual é possível ver na legitimidade a base da consciência jurídica de um povo. Para esse pensador francês, a partir de uma compreensão sociológica, “chama-se princípio da legitimidade o fundamento do poder numa determinada sociedade, a regra em virtude da qual se julga que um poder deve ou não ser obedecido.”

Essa densificação a respeito da consciência jurídica possibilitou-nos perceber como os autores ora estudados, notadamente ACOSTA SÁNCHEZ (1998), PRIETO SANCHIZ (2000), Castanheira NEVES (1998) e, por fim, ALEXY (2000), visualizam essa categoria e como ela reflete, naturalmente, a respeito das categorias legislador e juiz. Estabelecemos, assim, articulações entre esses quatro estudiosos. Eis o quadro:

ACOSTA SÁNCHEZ - seu ponto de vista é o próprio do pensamento continental (latino-germânico), partindo da consciência ética; a partir daí, valora os componentes sociais. Utiliza-se de abordagem histórica (num sentido ético-filosófico) para desenvolver os casos práticos como que por decorrência conseqüencial das causas apontadas em nível teórico. Não obstante, não reduz o caso prático a mero silogismo das teorias previamente desenvolvidas;

PRIETO SANCHÍZ - sempre a partir do caso prático, com pragmatismo próprio dos estudos de *Common Law* anglo-saxônicos, sai do real (materialidade concreta) para articular as questões éticas (em nível teórico-abstrato);

Castanheira NEVES - busca o sentido do ordenamento jurídico, não se preocupando com sua estrutura (haja vista que o sentido transformaria a estrutura). Assim, o ordenamento jurídico é apresentado como instrumento a serviço das razões mais influentes dentro da Sociedade pluralista. Sua abordagem o deixa mais próximo a ACOSTA SÁNCHEZ;

ALEXY - a exemplo de PRIETO SANCHÍZ, busca atingir a consciência jurídica e o plano teórico a partir do estudo de casos práticos. É a partir dos valores envolvidos na discussão do caso concreto que os valores sociais (tanto no sentido ético quanto no de legitimidade) são descobertos, reconhecidos e declarados.

Notas

¹ A respeito do debate norte-americano, destaque-se como uma das respostas a recente obra de Richard A. POSNER (2003).

² Sobre o debate alemão, uma síntese das questões apresentadas encontra-se em Peter HÄBERLE (2002) e em Erhard DENNINGER (1998). Conferir também Francisco RUBIO LLORENTE (2003, p. 49-67). Neste artigo, RUBIO LLORENTE trata a respeito de um outro aspecto da crise da Jurisdição Constitucional do denominado modelo europeu ou kelseniano, que é a dicotomia entre a justiça ordinária e a instância constitucional.

³ A título representativo dessa preocupação de caráter mais monográfico, destacamos a obra de Humberto ÁVILA (2002). Destacam-se, também, as obras de Luis Afonso HECK (1995), de Marcelo CATTONI (2001) de Lenio Luiz STRECK (2002) e de José Adércio Leite SAMPAIO (2002).

⁴ Cabe mencionar que a metodologia adotada na elaboração do presente artigo já havia sido aplicada em estudo anterior sobre a temática da Jurisdição Constitucional, que gerou o artigo de José Ribas VIEIRA e Margarida Maria Lacombe CAMARGO (2003).

⁵ Posteriormente, esse autor consolidou seus estudos na obra *O actual problema metodológico da interpretação jurídica - I* (2003).

⁶ Um maior aprofundamento da Teoria dos Princípios está apresentado no recente trabalho de Robert ALEXY (2002, p. 29-63).

⁷ O referido dispositivo constitucional não dava, explicitamente, ao Poder Judiciário norte-americano via Corte Suprema o papel de guardião da Constituição.

⁸ Cf. Gabriel Bonnot de MABLY. *Observations sur le gouvernement et les Lois des Etats Unis d’Amerique [S. l.: s. n., 19--?]*. (Obras Completas), apud ACOSTA SÁNCHEZ, (1998, p. 20). Ao longo deste item, citaremos vários autores aos quais não faremos referência bibliográfica, pois estas já se encontram indicadas na obra estudada de ACOSTA SÁNCHEZ.

⁹ Sobre o tema Jurisdição Constitucional, PIZZORUSSO escreveu *Gli effetti delle decisioni delle Corte Costituzionale nei giudizi ordinari*.

¹⁰ Gostaríamos de destacar, ainda, as contribuições de Wechsler (princípios neutrais) e de Bickel.

¹¹ A partir deste ponto, citaremos vários autores aos quais não faremos referência bibliográfica, pois estas já se encontram indicadas na obra reseñada de DORADO PORRAS (2003).

¹² O debate após o caso *Roe versus Wade* (1973), legitimando o aborto nos EEUU, cindiu, na verdade, a discussão constitucional em dois segmentos: os *interpretativistas* (preocupados com o *original intent of the Constitution*) e os *não-interpretativistas*. A propósito, o próprio texto de DORADO PORRAS (2003) esclarece tais distinções.

¹³ A respeito dessa criação filosófica de DWORKIN (2002, p. 105 et seq.), o juiz Hércules, “um operador do direito com habilidades de aprendizagem, paciência e perspicácia super-humanas”, conferir o capítulo 4.5 de *Taking rights seriously*. Há tradução para o espanhol: *Los derechos en Serio* (1995). A editora Martins Fontes publicou tradução para o português sob o título *Levando os direitos a sério* (2002). Para DWORKIN, o dever do juiz é descobrir quais são os direitos das partes (a partir de padrões históricos pré-estabelecidos, que são os princípios), o que significa que o juiz jamais inventaria direitos novos mas, isto sim, *declararia direitos já existentes* (ainda que não reconhecidos até então).

¹⁴ O juiz desenvolveria seus próprios valores com base na construção de sua realidade, a partir das relações intersubjetivas dentro de sua Sociedade. Importante assinalar que, na conclusão deste trabalho, aprofundaremos a noção de *valores* através da concepção de *consciência jurídica* como esta é percebida pelos autores estudados por nós.

¹⁵ Ainda que em sentido principiológico, Willis Santiago GUERRA FILHO (2000) apresenta uma *filosofia do direito processual* como intersecção entre a filosofia do direito e a filosofia política do Estado, relacionando direito processual e Constituição, no sentido de apresentar as relações jurídicas e os direitos constitucionais como relações *dinâmicas, vivas*, em constante *processo*. Conferir especialmente, os capítulos 3 e 4 de *A Filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*.

¹⁶ Sobre KELSEN, considerado o maior pensador do positivismo jurídico, cf. sua obra mais famosa, *Teoria pura do direito* (1987), ou ainda *Teoria geral do direito e do Estado* (1998).

¹⁷ A concepção de *bloco constitucional* firmada pelo Conselho Constitucional francês, ao alargar o âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais, incorporando outros textos constitucionais franceses ao corpo da Constituição de 1958, receberá uma nova ampliação para integrar a questão ambiental: trata-se de projeto de Lei Constitucional enviada à Assembléia Nacional, conforme informa o *Le Monde* de 25 de junho de 2003.

¹⁸ Esse percurso de PIETRO SANCHÍZ (2000) é relevante porque, naturalmente, completa o quadro do debate norte-americano visto por ACOSTA SÁNCHEZ (1998), agora com uma entrada nos impasses da Jurisdição (“*justiça*”) Constitucional alemã.

¹⁹ I.e., relativa ao século XIX (*décimo nono*) bem como aos temas daquela época, conforme a ele se referem os escritores espanhóis.

²⁰ O que permite um excelente paralelismo com as pontuações de ACOSTA SÁNCHEZ (1998).

²¹ Forma razoável de ponderar sobre colisão de princípios foi a desenvolvida por ALEXY (2001, p. 111-112), com base no princípio da proporcionalidade. Tal princípio (*Verhältnismässigkeit*) “se desdobra em três subprincípios: o de adequação (mandamento da pertinência ou aptidão) (*Geeignetheit*), o de necessidade (mandamento de uso do meio mais brando) (*Erforderlichkeit – Gebot des mildestem Mittels*) e o de proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de ponderação específica) (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne – eigentliches Abwägungsgebot*).”

²² Sobre *consciência jurídica* do povo, bem como sua correlação com o conceito de legitimidade, conferir item 6 do presente artigo.

²³ “A Fórmula introduz unicamente um limite excepcional no (conceito de) direito. Segundo ela, o direito positivo só perde sua validade (*Geltung*) quando, como disse Radbruch, a contradição da lei positiva com a justiça alcança u’*a* medida de tal modo insuportável, que a lei, então um ‘direito injusto’ (*‘unrichtiges Recht’*), há de ceder ante a justiça. Tal é o caso quando se transpassa o umbral do direito extremamente injusto. Podemos portanto dar à fórmula de Radbruch esta redação abreviada: *O direito extremamente injusto não é direito.*”

²⁴ Roderick STACKELBERG (2002, p. 363). Em nota explicativa, o autor informa que “o termo ‘nazi’, ou nazista, é formado pelas duas primeiras sílabas de nacional-socialista, conforme pronúncia em alemão”, tendo sido usado primeiramente, de forma depreciativa, pelos oponentes do nacional-nacionalismo.

²⁵ Cf. Paulo BONAVIDES (2001, p. 207). O jurista afirma que, nas décadas de 40 e 50, “pelo menos na Alemanha, onde a Filosofia do Direito sempre travou suas batalhas mais renhidas, houve uma ressurreição jusnaturalista”, oriunda das tragédias da Segunda Guerra Mundial, que deixou os juristas perplexos e motivados a rever valores inerentes à ordem jurídica legítima, destacando que a cátedra positivista de Gustavo Radbruch foi convertida ao direito natural nesta ocasião.

²⁶ Claus ROXIM (2002, p. 191-192). O jurista afirma que a declaração da responsabilidade do autor é necessária para que haja efetivamente um crime. Esta, aliada à tipicidade e à antijuridicidade, forma, em conjunto com a ação, um comporta-

mento punível. A culpabilidade tem por pressuposto a imputabilidade e a inexistência de causas de exculpação, exemplificada pelo autor com o erro de proibição inevitável ou o estado de necessidade exculpante. Aponta, ainda, que a diferença entre ausência de antijuridicidade e ausência de culpabilidade, entre justificação e exculpação, situa-se no fato de que o “comportamento justificado é reconhecido pelo legislador, devendo ser suportado por todos, enquanto o comportamento exculpável não é aprovado e, em decorrência disso, está proibido. Ele não é punido, mas não precisa, em regra, ser tolerado por aquele que seja vítima de um comportamento antijurídico” [grifos nossos].

²⁷ Esse autor nos ensina que “a doutrina jurídica alemã contemporânea distingue, nitidamente, os direitos humanos dos direitos fundamentais. Os últimos são os que estão consagrados na Constituição, representam as bases éticas do sistema jurídico nacional, ainda que não possam ser reconhecidos pela consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana”.

²⁸ “A própria dinâmica da vida internacional cuidou de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regiam por regras derivadas inteiramente da livre vontade dos próprios Estados. O positivismo voluntarista se mostrou incapaz de explicar o processo de formação das normas do direito internacional geral e se tornou evidente que só se poderia encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade desse último na consciência jurídica universal, a partir da asserção da idéia de uma justiça coletiva”.

²⁹ “...cada cultura, cada indivíduo tem sua própria concepção do auditório universal, e o estudo dessas variações seria muito instrutivo, pois nos faria conhecer o que os homens consideraram, no decorrer da história, *real, verdadeiro e objetivamente válido*” (p. 37).

Bibliografia

ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madri: Tecnos, 1998.

ALEXY, Robert. *Derecho justo, retroactividad y principio de legalidad penal*. Tradução de A. Daniel Oliver-Lalana. *Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, Alicante, n. 23, p. 197-203, 2000.

_____. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Cralos Bernal Pulido. *Revista de Derecho Constitucional*, [S. l.], n. 66, p. 29-63, sept./dic. 2002.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción Jorge Navarro et al. Barcelona: Piedadós, 1998.

BOBBITT, Philip. *Constitutional fate: theory of the constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1982.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

COELHO, Luís Fernando. *Teoria crítica do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. *A constituição mexicana de 1917*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.Br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2003.

DENNINGER, Erhard. *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*. Roma: G. Giappichelli, 1998.

DORADO PORRAS, Javier. El debate sobre el control constitucional em los Estados Unidos. Madrid: Dickinson, 1997. (Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 3). Resenha de: PISARELLO, Gerardo. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, n. 2, enero/jun. 2000. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/rb/rb15.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2003.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 18th ed. Cambridge: Havard University Press, 2002.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HÄRBELE, Peter. *Pluralismo y constitución: estúdios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madri: Tecnos, 2002.

- HECK, Luis Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.
- HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX: 1941-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- NEVES, A. Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juízo: ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. 74, 1998. Separata.
- _____. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PIETRO SANCHÍZ, Luis. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 23, p. 161-194, 2000.
- PIZZORUSSO, Alessandro. Gli effetti delle decisioni delle corte costituzionale nei guidizi ordinari. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, [S. 1.], ano 41, p. 909-924, 1987.
- POSNER, Richard A. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROXIM, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [S. 1.], n. 67, p. 49-67, enero/abr. 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- STACKELBERG, Roderick. *A Alemanha de Hitler*. Tradução de A. B. Pinheiros. Rio de Janeiro: Imago, 2002.
- STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. 2nd ed. Cambridge; London: Harvard University Press, 2001.
- TRINDADE, Antonio Carlos Caçado. Discurso do Prof. Antonio Carlos Caçado Trindade. Disponível em: <<http://mre.gov.br/ibr/cursos/palestra/discurso%20paraninfo%20prof.html>>. Acesso em: [200-?].
- VIEIRA, Jose Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Em vista de um conceito de jurisdição constitucional. *Revista de Direito da PUC*, Rio de Janeiro, n. 15. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_ribas_e_marg.html>. Acesso em: 21 jul. 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

Dívida externa e princípios gerais do direito: uma visão do direito civil obrigacional

Giovanni Ettore Nanni

Sumário:

1. Introdução. 2. Da desproporcional elevação da dívida externa dos países latino-americanos. 3. A constitucionalização do direito civil. 4. O devido respeito à dignidade da pessoa humana. 5. A visão da obrigação como processo e da necessidade que a relação obrigacional permita o cumprimento da prestação pelo devedor. 6. Os deveres de cooperação e de auxílio nas relações obrigacionais duradouras. 7. À guisa de conclusão: a lembrança das lições de André Franco Montoro.

1. Introdução

O problema da dívida externa dos países da América Latina vem suscitando intensos debates, especialmente empreendidos pelos trabalhos jurídicos do CEISAL – Conselho Europeu de Investigações da América Latina, com a colaboração do Parlamento Latino-Americano e com o apoio do CNR – *Consiglio Nazionale delle Ricerche italiano*.

O montante da dívida externa dos países da América Latina, em virtude de sucessivos aumentos nas taxas de juros, atingiu patamares que colocam em risco o próprio desenvolvimento dessas nações, razão por que se questiona a pertinência jurídica da manutenção integral dos valores cobrados nos empréstimos contraídos.

Assim sendo, partindo-se da demonstração e da colocação do problema do acréscimo desproporcional da dívida externa dos

Giovanni Ettore Nanni é Mestre e Doutorando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Auxiliar de Ensino de Direito Civil na PUC-SP e Advogado em São Paulo.

países da América Latina, buscar-se-á expor fundamentos jurídicos, consubstanciados na análise de princípios gerais e informadores do direito obrigacional, da insubsistência de relação obrigacional que importe em flagrante desequilíbrio entre as partes.

O escopo do presente trabalho ficará restrito a apenas alguns aspectos do direito civil, naturalmente não exaustivos, que permitam uma associação ao tema em estudo.

Nessa ordem de consideração, após a exposição da desproporcional elevação da dívida externa dos países da América Latina, demonstrar-se-á a mudança por que vem passando o direito civil em decorrência de sua constitucionalização; os reflexos desse fenômeno no direito obrigacional, o que impôs outra ótica à matéria, especialmente o respeito à dignidade da pessoa humana e a concepção do princípio da solidariedade; a teoria da obrigação como processo, com imposição de deveres às partes, especialmente de cooperação e auxílio; as exigências das relações obrigacionais duradouras; concluindo-se com a lembrança das idéias do Professor André Franco MONTORO, pioneiro na defesa do tema.

Com isso, pretende-se ressaltar alguns pontos passíveis de observação, pugnando colaborar na obtenção de resultados positivos na solução do problema da dívida externa dos países da América Latina.

2. Da desproporcional elevação da dívida externa dos países latino-americanos

Com base na Resolução da reunião conjunta do Parlamento Europeu e Parlamento Latino-Americano, realizada em Bruxelas, nos dias 19 a 21 de junho de 1995, a Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados do Brasil, tomou, em 9 de agosto de 1995, a Resolução da Comissão de Relações Exteriores sobre Dívida Externa e Consulta ao Tribunal Internacional de Haia, pleiteando ao Sr. Presidente da República

que, atendendo ao apelo dos parlamentos da América Latina e da Europa, tome a iniciativa de apresentar à Assembléia Geral da ONU proposta no sentido de ser solicitado ao Tribunal Internacional de Haia um *dictamen* consultivo sobre os princípios de direito internacional que devem reger os contratos e execução da dívida externa no mundo contemporâneo.

Infere-se da Justificação dessa Resolução tomada pela Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados do Brasil que o problema da dívida externa dos países da América Latina continua sendo um dos pontos de estrangulamento de suas economias e do sacrifício de suas populações. Como nota-se de sua exposição:

“2. De acordo com fontes da CEPAL, os dados referentes à dívida externa latino-americana são os seguintes:

– o montante reclamado pelos credores em 1980 era da ordem de 228 bilhões de dólares,

– de 1980 a 1990, o total de juros e amortizações pagos pelos países da região somaram a importância de 418 bilhões de dólares,

– em 1994, em lugar de diminuir, o total da dívida atingiu o montante de 553 bilhões de dólares...

Em números redondos: a dívida era de 220 bilhões, foram pagos 400 bilhões (até 1990) e a dívida passou a ser de 553 bilhões ...

3. Essa situação, resultante do sistema de juros flutuantes e alterações financeiras, decididas à revelia dos países devedores, suscita um problema ético e jurídico que, de acordo com as regras do direito internacional contemporâneo, deve ser submetido ao exame do Tribunal Internacional de Justiça, com sede em Haia.

Essa é proposta formulada pelo Parlamento Latino-Americano e pelo Parlamento Europeu, ao lado de significativas manifestações de institu-

tos jurídicos e entidades representativas da sociedade civil.”

Ademais, no mesmo sentido foram as conclusões do II Seminário Jurídico Internacional sobre Dívida Externa, Princípios Gerais do Direito e Corte Internacional de Justiça, realizado em Roma, em 25 e 26 de maio de 1995 e Sant’Agata dei Goti, em 27 de maio de 1995, consoante observa-se do trecho abaixo transcrito:

“Au début des années 80, de façon totalment indépendante des économies des Pays en voie de développement, on assiste à un renversement de tendance radical de l’économie mondiale avec l’augmentation des taux d’intérêt jusqu’à des niveaux qui n’avaient jamais été atteints (de 4-6% à 18-22%); la réévaluation du dollar USA par rapport aux autres monnaies, même celles des Pays industrialisés; la contraction concomitante et les mesures protectionnistes de Pays industrialisés qui diminuèrent la quantité et les prix des matières dont l’exportation permettait aux Pays endettés d’obtenir des devises. Cet important changement donne lieu à une période orientée vers la ‘financiarisation’ de l’économie mondiale qui prévaut encore. Les différents types de contrats et d’accords concernant les prêts sont gérés d’une façon qui ne garantit pas l’équilibre des positions des parties (créditeur et débiteur), comme si l’équilibre des intérêts sur lesquels les parties s’étaient accordées était dépourvu de moyens lui permettant d’être garanti sur le marché financier international entre le Pays plus ou moins développés au plan économique.”

Portanto, levando-se em consideração essas manifestas distorções, obtém-se as diretrizes básicas para elaborar um estudo sobre os princípios gerais do direito e a dívida externa, com visão direcionada ao direito civil obrigacional, apontando-se, com

esteio civil-constitucional, os fundamentos aplicáveis ao tema em pauta.

3. A constitucionalização do direito civil

Fenômeno que vem sendo identificado nos países de *civil law* é a renovação pela qual vem passando o direito civil em função da constitucionalização de normas antes restritas ao direito privado como um todo.

Por isso, os conceitos tradicionais de direito civil não mais preponderam isoladamente, devendo ser harmonizados com as normas constitucionais que trazem novos parâmetros, especialmente a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 fomentou uma alteração no padrão jurídico da República Federativa do Brasil, em que a pessoa humana foi inserida no centro do ordenamento jurídico e das relações jurídicas.

Essa nova visão surgiu em decorrência do desenvolvimento dos direitos humanos e individuais, que passaram a ser inseridos nas constituições, formando um corpo orgânico amplo com direitos e garantias antes somente legisladas pelo direito privado, deixando de ter um caráter programático e estrutural da organização do Estado.

Renan LOTUFO (1999, p. 9) sintetiza claramente essa transição:

“Os próprios Direitos individuais, nascidos na Constituição americana e na francesa, com versões distintas, decorrentes de filosofias, formações culturais e valores éticos diferentes, impregnaram o mundo, mas só após a Segunda Grande Guerra é que ganharam a generalização constitucional e a preponderância no convívio internacional.

Decorrencia disso foi que as constituições passaram a ter um conteúdo mais amplo, desvinculando-se da mera estruturação do Estado, o que levou a uma visão diferente do papel da Constituição.

Hoje, no mundo dos sistemas jurídicos legislados, as constituições passaram a ter significado mais relevante e eficácia muito mais ampla.”

Dessa maneira, ocorre uma modificação na visão do direito civil e mais especificamente do Código Civil, que deixa de ser observado como a constituição do direito privado, surgindo a “publicização” ou “socialização” do direito privado, sofrendo este em seu domínio maior penetração do direito público (cf. GIORGIANNI, 1998, p. 35-38).

Com essa feição, o Código Civil, que foi fruto do individualismo e do dogma da vontade particular, inspirado no Código Civil francês, baseado em duas figuras centrais, propriedade e contrato, sofre uma modificação como demonstra Michele GIORGIANNI (1998, p. 50):

“O Direito Privado, assim ‘socializado’, é com certeza diverso do Direito Privado do *Code Napoléon*, que exauriria a sua tutela, por um lado, no direito subjetivo (ou seja, sobretudo na propriedade) ou antes, no seu titular, e, por outro lado, na vontade individual, ou seja, no contrato. Mas, todavia, os institutos privatísticos tradicionais – como a propriedade, o contrato, a obrigação – revelam-se insuprimíveis da atividade econômica dos particulares, tanto que lhe foram acrescentadas novas expressões de autonomia privada, como, por exemplo, a empresa.”

Aponta Michele GIORGIANNI (1998, p. 42) que a primitiva constituição chamada “longa” foi a de Weimar de 1919, a qual, segundo Francesco GALGANO (1996, p. 50), trouxe pela primeira vez normas de direito privado no corpo constitucional.

É diante dessa moderna perspectiva que surge uma nova tarefa ao operador do direito, em especial do direito civil, que é proceder a releitura do sistema do código e das leis especiais à luz dos princípios constitucionais, superando-se os antigos dogmas (cf. PERLINGERI, 1991, p. 103, 189).

Com essa recente feitura de constituições, consoante expõe Francesco GALGANO (1999, p. 58-61), manifesta-se uma idéia nova de constituição: não apenas como oposição ao despotismo político, como sujeição ao direito de relação entre Estado e cidadãos, mas também como oposição ao despotismo econômico e, mais em geral, aos potenciais de fato da sociedade civil, como jurisdicialização, com solenes normas de princípio, de relações entre cidadãos. A constituição deixa de ser, ainda que essa fórmula venha toda hora mecanicamente repetida, somente a fonte suprema do direito público, reguladora da forma do governo e das garantias de liberdade dos cidadãos no confronto com o Estado; mas torna-se, ao mesmo tempo, a lei fundamental do direito privado, reguladora das relações entre privados, ou como normas imediatamente fundamentais ou, mais freqüentemente, como normas de endereço para a legislação ordinária.

Assim, como definimos anteriormente (NANNI, 2001, p. 164),

“o direito civil não tem mais apenas como figura central o Código Civil, que deixa de ser o único texto ordenador das relações privadas, passando a receber uma incidência marcante do Texto Constitucional, de forma unificada e sistemática, desempenhando o papel de aglutinador do sistema jurídico.

Nessa trilha é concebido o direito civil constitucional, em que é atribuída a tarefa de harmonizar-se o direito civil aos princípios constitucionais ou à Constituição como um todo orgânico. A norma constitucional passa a ser parte integrante do sistema civil, não apenas como regra hermenêutica, mas como norma vinculante de comportamento, incidindo sobre as relações privadas e tutelando seus valores fundamentais, especialmente a pessoa humana.”

Uma leitura, ainda que perfunctória, da Constituição Federal é capaz de demonstrar

a existência de vários dispositivos referentes ao direito civil e da necessária obediência da ordem privada a esses comandos constitucionais, como questões atinentes à pessoa, à família, à propriedade, à sucessão, às obrigações e aos negócios jurídicos em geral, praticamente esgotando todos os campos civis na órbita constitucional.

Por conseguinte, constata-se que a autonomia privada sofreu direta limitação da ordem constitucional. E, consoante defendemos (NANNI, 2001, p. 165-166):

“a limitação da autonomia privada na seara do direito obrigacional é inferida na liberdade contratual, na possibilidade de intervenção econômica do Estado etc., evitando-se o individualismo que marca o direito civil tradicional, conduzindo-se a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I), mediante os fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito: a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, II, III e IV).

Essas noções conduzem ao escopo do Estado Democrático de Direito direcionado ao direito privado no senso da justiça social e distributiva, prestigiando a liberdade, a justiça, a solidariedade e a igualdade que são necessariamente pilares estruturais das relações jurídicas.”

Com fundamento nessa exposição preliminar, é imperativo que as relações jurídicas obedeçam a essa nova feição conceitual, cujo raciocínio, consoante será exposto, pode ser aplicado ao problema da dívida externa dos países da América Latina.

4. O devido respeito à dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal coloca a pessoa humana como objeto de destaque e salva-

guarda entre seus princípios fundamentais (CF, art. 1º, III), pelo que toda e qualquer relação jurídica deve ter como pressuposto o respeito à sua dignidade.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana adquire *status* fundamental, dando ensejo, segundo sustenta Karl LARENZ, à relação jurídica fundamental.

Karl LARENZ (1978, p. 44-46), identificando o primeiro título do Código Civil alemão, diz que não é casual o código iniciar tratando das “pessoas”, uma vez que essa disposição faz-se compreensível, junto com todas as conseqüências que dela derivam, somente sobre o fundo de uma compreensão do homem segundo a qual a condição de pessoa é a qualidade que distingue o homem sobre todos os demais seres vivos. Com ela considera-se que o homem, de acordo com sua peculiar natureza e destino, está constituído para configurar livre e responsável para propor-se objetivos e impor a si mesmo limites em sua atuação. Essa compreensão tem suas raízes tanto na religião cristã como na Filosofia.

Essa compreensão do homem, conforme LARENZ, encontrou uma expressão duradoura no personalismo ético de Kant, que influenciou o mundo ideológico dos criadores do Código civil de forma semelhante como a doutrina do direito natural do século XVIII influenciou os autores do Código Geral prussiano e do Código civil austríaco.

Segue sustentando que o personalismo ético atribui ao homem, precisamente porque é “pessoa” em sentido ético, um valor em si mesmo – não simplesmente como meio para os fins de outros – e, neste sentido, uma “dignidade”. Dela se segue que todo ser humano tem perante qualquer outro o direito a ser respeitado por ele como pessoa, a não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo, a saúde) e em um âmbito próprio do mesmo, e que cada indivíduo está obrigado diante de qualquer outro de modo análogo.

Assim sendo, conclui que a relação de respeito mútuo que cada um deve a qual-

quer outro e pode exigir deste é a *relação jurídica fundamental*, a qual, segundo essa concepção, é a base de toda convivência na comunidade jurídica e de toda a relação jurídica em particular. Os elementos essenciais dessa relação jurídica fundamental são o *direito* (a pretensão justificada) e o *dever*, assim como a reciprocidade dos direitos e deveres nas relações das pessoas entre si.

Mais adiante, Karl LARENZ (1978, p. 48) identifica o conceito ético de pessoa na esfera do direito privado: “En la ‘relacion jurídica fundamental’, como así la hemos denominado, el derecho de cada uno al respeto de su persona está indisolublemente conectado con el deber de cada uno de respetar a todos los demás como personas”.

Esse conceito da relação jurídica fundamental é claramente aplicável ao dispositivo citado da Constituição Federal brasileira, em que todas as relações jurídicas, obrigacional ou de qualquer ramo do direito, devem manter conformidade ao *standard* trazido pela relação jurídica fundamental.

Com essas considerações, impõe-se reconhecer que, ao prescrever o fundamento da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal traz o conceito de relação jurídica fundamental, com o dever de respeito mútuo entre todos os cidadãos como um direito inato e fundamental, no sentido de não-violação.

A apreciação do direito civil deixa de ser apenas baseada na codificação civil, mas recebe direta influência da ordem constitucional, sempre com os olhos voltados na salvaguarda da pessoa humana. Ocorre, então, uma alteração no modelo de observação, posto que passa pelo indeclinável respeito à dignidade da pessoa humana, como limitação à iniciativa das partes.

É o que demonstra Pietro PERLINGIERI (1997, p. 4), enfatizando que o Código Civil italiano de 1942 teve o intuito de incentivar a produtividade, cuja observação foi alterada com a Constituição de 1947, com nova feição não apenas jurídica mas também ideológica: “A Constituição da República as-

sumiu, em relação a este problema, uma posição diversa. Uma coisa é ler o Código naquela ótica produtivista, outra é ‘relê-lo’ à luz da opção ‘ideológico-jurídica’ constitucional, na qual a produção encontra limites insuperáveis no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana”.

E essa releitura tem direta ligação com o artigo 2º da Constituição italiana, surgindo inexoravelmente o respeito ao princípio da solidariedade. Nesse sentido expõe Pietro PERLINGIERI (1991, p. 167):

“Nei concetti di ‘diritti inviolabili dell’uomo’, di ‘persona’, di ‘doveri inderogabili di solidarietà’ ai quali si richiama l’art. 2 cost., si individua l’influenza del personalismo e del solidarismo di stampo cattolico ed in tale prospettiva si tenta di costruire il concetto di ‘persona’ o meglio di ‘valore’ della persona. Il personalismo è necessariamente collegato al solidarismo che in quello trova le sue origini. Il solidarismo costituisce anche un punto di confluenza tra cristianesimo e socialismo, tra lotta di classe ed una concezione, ispirata ad una visione pluralistica della società, tendente a superarla. Nell’art. 2 cost. si discorre di ‘solidarietà politica, economica e sociale’.”

Tomadas essas premissas básicas, conclui-se que o problema da dívida externa dos países da América Latina, na medida em que pode representar um entrave no desenvolvimento social, afetando, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana, merece uma particular atenção quanto à sua própria sustentação.

As relações jurídicas obrigacionais decorrentes das citadas dívidas externas não podem prevalecer se constatar-se a sua incompatibilidade com o desenvolvimento interno da nação devedora, ainda mais se comprovado o abuso unilateral do credor na estipulação de juros e na violação da boa-fé.

Se, como ressaltado nos seminários e reuniões da CEISAL e de outras instituições, a dívida externa dos países da América La-

tina provoca a incompatibilidade entre o seu cumprimento e o desenvolvimento interno, sacrificando a economia e a população, por conseguinte atingir-se-á a pessoa humana, afetando-a em sua dignidade, pelo que não será lícita a subsistência das respectivas relações obrigacionais em detrimento das nações devedoras.

Nessa linha de raciocínio, consoante ensinava o saudoso Professor André Franco MONTORO (1997, p. 9), entre os novos direitos da pessoa humana que passam a ser reconhecidos pelos sistemas jurídicos contemporâneos, merece destaque o “direito ao desenvolvimento”.

Segundo Franco MONTORO (1997, p. 19), a Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU), reunida em 4 de dezembro de 1986, decidiu aprovar a “Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento”, reconhecendo o direito ao desenvolvimento como um *inalienável direito humano*, em que todos os povos têm reconhecido seu direito de participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político.

Assim, é pertinente observar que outra não foi a conclusão do II Seminário Jurídico Internacional sobre Dívida Externa, Princípios Gerais do Direito e Corte Internacional de Justiça, realizado em Roma, em 25 e 26 de maio de 1995 e Sant’Agata de Goti, em 27 de maio de 1995, em que se sustentou, entre outros pontos, o equilíbrio dos contratos de dívida externa, exigindo-se regras concernentes a evitar-se a violação da boa-fé e o abuso de direito, permitindo-se o emprego de critérios justos na reconstrução do equilíbrio de interesses.

Na verdade, infere-se que as conclusões citadas vêm marcadas teleológica e claramente pelo respeito à dignidade da pessoa humana, passando pela salvaguarda dos direitos fundamentais, evitando-se que as nações devedoras arquem isoladamente com as mudanças e acréscimos nas respectivas dívidas:

“L’attribution complète au débiteur des conséquences des change-

ments décrits plus haut (*supra* point a) semble en contradiction avec les principes généraux classiques et traditionnels du droit; ces changements ont eu lieu à la suite d’initiatives provenant de sujets qui appartiennent au système dont le créancier est partie ou, tout au moins, dont il est solidaire. Il semble que de tels principes doivent être également appliqués aux dettes en espèces dans les rapports en question, dans le cadre d’une distinction raisonnable entre les changements dont nous avons parlé auparavant et les changements qui dépendraient essentiellement du débiteur. En outre, les clauses de réévaluation des intérêts sans la prédétermination d’une limite, en référence à des paramètres établis dans le système du créancier, ainsi que le niveau des intérêts réels effectivement atteint, semblent contraires aux normes de *ius cogens*. Cette contradiction avec le droit semble encore s’accentuer si l’on considère les exigences de sauvegarde des droits fondamentaux de l’homme; et encore plus si l’on se réfère aux droits de l’homme de la troisième génération (droit au développement).”

Cumprido salientar que essa posição foi incorporada ao sistema normativo italiano em lei aprovada pelo Senado em 13 de julho de 2000, adotando medidas para a redução da dívida externa dos países de mais baixa renda e fortemente endividados, em que se nota o respeito à dignidade da pessoa humana:

“Art. 1. Finalidade e âmbito de aplicação

1. A presente lei torna efetivos entendimentos alcançados pelos países credores em âmbito multilateral, no que diz respeito ao tratamento da dívida externa dos países em desenvolvimento, de mais baixa renda e fortemente endividados, e favorece e promove, outrossim, medidas destinadas à redução da pobreza das populações de tais países.

2. Os créditos que o Estado italiano tem com os países em desenvolvimento, relativos exclusivamente aos financiamentos facilitados pela Associação Internacional para o Desenvolvimento (IDA), ficam cancelados com as modalidades de que se fala no artigo 3, com a condição, porém, de que o país interessado se comprometa a respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, a renunciar à guerra como meio de resolver as controvérsias e a perseguir o bem-estar e o pleno desenvolvimento social e humano, favorecendo especialmente a redução da pobreza.”

Em suma, diante do que foi exposto, conclui-se que as dívidas que violem, direta ou indiretamente, a dignidade da pessoa humana não merecem subsistir, posto que contrárias ao fundamentalismo oriundo de qualquer relação jurídica consagrado na Constituição Federal.

Destarte, o que se sustenta não é a mera e irresponsável inadimplência das respectivas dívidas contraídas pelas nações devedoras, mas sim a sua adequação a patamares justos e equilibrados que permitam o cumprimento sem afetar o desenvolvimento da nação.

Por isso, demonstrar-se-á no segmento subsequente que a relação obrigacional deve ser vista como um processo, suscetível, por assim dizer, a um nascimento, a uma vida e a uma extinção, pelo que deve ser permitido ao devedor a obtenção de sua liberdade com o cumprimento da obrigação, o que não se tem verificado no que tange às dívidas externas.

5. A visão da obrigação como processo e da necessidade que a relação obrigacional permita o cumprimento da prestação pelo devedor

Encontra-se, entre as diversas doutrinas que buscam conceituar a estrutura da relação obrigacional, a teoria defendida princi-

palmente por Karl LARENZ, para quem a obrigação deve ser vista como uma estrutura e como um processo.

Segundo Karl LARENZ (1958, p. 20), a relação obrigacional possui um dever primário, que é o dever de prestação, o qual é permeado pelo indeclinável respeito à boa-fé no cumprimento da obrigação:

“Por conseguinte, lo que distingue la relación de obligación de otras relaciones jurídicas es el significado primario del deber de prestación. Ello no significa, sin embargo, que la relación obligatoria se agote con esse deber. Para toda relación jurídica, cualquiera que sea su estructura, rige el principio de cumplir la prestación con fidelidad a la palabra dada o a la obligación fundamentada de cualquier modo que sea, sin defraudar la confianza de la otra parte, es decir cumplir la prestación según la buena fe (§ 242).”

No entanto, a relação obrigacional não se limita ao dever primário da prestação, mas exige deveres secundários, tipificados por LARENZ (1958, p. 21) como deveres de conduta:

“Estos deberes que exceden del propio y estricto deber de prestación – cuyo cumplimiento constituye normalmente objeto de demanda – y que resultan para ambas partes bien de lo expresamente pactado, del sentido y fin de la obligación, del principio de buena fe de acuerdo con las circunstancias o, finalmente, de las exigencias del tráfico, los denominados ‘deberes de conducta’ (‘Verhaltenspflichten’), ya que pueden afectar al conjunto de la conducta que de cualquier modo esté en relación con la ejecución de la obligación.”

Dessa maneira, a relação obrigacional não é um vínculo jurídico simples, mas sim uma relação complexa, com um feixe de estruturas, formando um processo, com deveres de formação ou de situações jurídicas

(LARENZ, 1958, p. 37): “En este sentido la relación de obligación comprenderá una serie de deberes de prestación y conducta, y además de ellos puede contener para una u otra de las partes derechos de formación (p. ej., un derecho de denuncia o un derecho de opción) u otras ‘situaciones jurídicas’ (p. ej., competencia para recibir una denuncia).”

Assim sendo, a obrigação entendida como um processo, como uma relação jurídica complexa, necessita ter um começo e um fim no tempo, com a satisfação do interesse do credor.

Consoante expõe Karl LARENZ (1958, p. 39), sendo a obrigação um processo desencadeado para a obtenção da satisfação da prestação do credor, ela está desde o início encaminhada para alcançar o fim determinado e extinguir-se ao atingir esse fim. Porém, a conquista desse objetivo pode exigir alguma modificação, assim acontecendo, por exemplo, quando a obrigação torna-se impossível para o devedor, sendo satisfeita por meio de uma indenização.

No Brasil, merece destaque a obra de Clóvis do Couto e SILVA (1976, p. 10), que defendeu essa estrutura da obrigação, asseverando:

“A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. Dogmaticamente, contudo, é indispensável distinguir os planos em que se desenvolve e se adimple a obrigação.

Os atos praticados pelo devedor, bem assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo.”

Assimilando-se essas idéias, compreende-se a formação estruturada da obrigação

como um processo, impondo-se deveres primários e secundários às partes, com especial destaque à colocação boa-fé como comportamento em todos os momentos desse processo.

Assim, atendendo-se a essa ordem de consideração, é possível atingir-se uma conclusão parcial nesse segmento no que tange à finalidade da obrigação.

Verificou-se que a obrigação é um processo, formado pelo dever principal que é a obrigação e por deveres secundários. Esses deveres secundários, segundo Clóvis do Couto e SILVA (1976, p. 117), devem ser considerados como deveres de cooperação e auxílio, entendidos como aquelas hipóteses em que o fim somente pode ser obtido com a cooperação mútua.

Dessa maneira, a relação obrigacional deve ser extinta, atingindo seu fim com o cumprimento da prestação, para o que as partes devem cooperar e auxiliar-se mutuamente.

Essa cooperação e auxílio encaminham ao raciocínio de que o devedor não pode ficar aprisionado à relação obrigacional, tendo inviabilizado o cumprimento da prestação pela inércia do credor no cumprimento de seus deveres secundários.

O credor, conforme ficou assentado, também possui deveres para propiciar o cumprimento da obrigação. É o que demonstra Clóvis do Couto e SILVA (1976, p. 120):

“A concepção atual de relação jurídica, em virtude da incidência do princípio da boa-fé, é a de uma ordem de cooperação, em que se aluem as posições tradicionais do devedor e credor. Com isso, não se pense que o credor deixará de estar nitidamente desenhado como aquele partícipe da relação jurídica que é titular de direitos e pretensões. Amenizou-se, é certo, a posição deste último, cometendo-se-lhe, também, deveres, em virtude da ordem de cooperação. Com isso, ele não deixou de ser o credor, sujeito ativo da relação, mas reconheceu-se

que a ele cabiam certos deveres. Não caberá, a toda evidência, a efetivação da obrigação principal, porque isso é pensão precípua do devedor. Caber-lhe-ão, contudo, certos deveres como os de indicação ou de impedir que a sua conduta venha dificultar a prestação do devedor. Esse último dever, como já se mencionou, é bilateral. Se houver descumprido um desses deveres, não poderá exigir a pretensão para haver a obrigação principal. Dir-se-á que a sua pretensão precluiu ('verwirkt')."

Portanto, no que tange à dívida externa dos países devedores, verifica-se a absoluta ausência do cumprimento pelos credores dos deveres de cooperação e auxílio, muito pelo contrário, uma vez que o crescente aumento das taxas de juros aniquila por completo qualquer possibilidade de que as nações devedoras possam solver as respectivas obrigações.

E, assim procedendo, por conseguinte, nota-se o cabimento da argumentação acerca da preclusão da pretensão dos credores pela inércia no adimplemento dos deveres secundários de conduta.

Demais disso, além dos credores não cooperarem ou auxiliarem — deveres secundários — no cumprimento das dívidas externas, eles impossibilitam que a obrigação seja extinta pelo seu normal finalidade, que é o adimplemento, pelo que os devedores estão sujeitos à perpetuidade na relação obrigacional, o que também é incompatível com a visão da obrigação como processo.

Nessa ótica, deve-se permitir que o devedor obtenha a sua liberação da relação obrigacional mediante o adimplemento, o que se torna impossível no caso vertente com o comportamento do credores consubstanciado na exigência de abusivas taxas de juros.

A liberdade é um valor fundamental em qualquer Estado Democrático de Direito e no Brasil adquiriu *status* constitucional na medida em que um dos objetivos da República é construir uma sociedade livre, justa

e solidária (CF, art. 3º, I), liberdade essa que também é um direito e garantia individual (CF, art. 5º, *caput*).

Logo, se o credor, no que concerne às dívidas externas, não coopera ou auxilia o devedor no cumprimento da obrigação e, ao revés, toma atitude contrária, impondo condições que impossibilitam por completo a obtenção do fim da relação obrigacional, conclui-se que essa relação obrigacional merece ser revista ante a quebra de sua base estrutural, vilipendiando-se os valores da liberdade e, como corolário, da dignidade da pessoa humana, que são naturalmente extensíveis à situação em tela.

Esse enfoque à preservação da liberdade do devedor na relação obrigacional permite também a compreensão de que o devedor é interessado no adimplemento da obrigação. Esse interesse deve ser juridicamente tutelado, inclusive com a liberação coativa. É o que demonstra C. Massimo BIANCA (1993, p. 46): "Anche il debitore può essere interessato all'adempimento. Tale interesse è giuridicamente tutelato mediante l'istituto della liberazione coattiva e l'obbligo del creditore di non aggravare la posizione del debitore omettendo di porre in essere la cooperazione necessaria all'adempimento."

Por isso, reclama-se do credor um comportamento de lealdade, segundo BIANCA (1993, p. 47): "L'interesse del debitore che non si eleva al livello di tutela dell'interesse creditorio è comunque tutelato mediante il principio di correttezza: il creditore deve cioè consentire al debitore di adempiere se non ha un apprezzabile interesse contrario."

Conseqüentemente, ainda com esteio nas idéias de BIANCA (1993, p. 47), aplica-se o tradicional princípio do *favor debitoris*: "Una generica rilevanza dell'interesse del debitore si riscontra nel tradizionale principio di favore del debitore (c.d. *favor debitoris*), quale principio generale di preferenza delle soluzioni meno gravose per l'obbligato."

Indubitavelmente, portanto, constata-se que o princípio do *favor debitoris* alinha-se ao que se sustenta no presente segmento, cujas

origens são oriundas do direito romano, mediante a influência cristã. Nesse sentido expõe José Carlos Moreira ALVES (1999, p. 53):

“No campo do direito das obrigações, sustenta Biondo Biondi (*Il Diritto Cristiano*, vol. III, nº 407 e segs., p. 217 e segs.) que, se no direito clássico já se encontram algumas normas de proteção ao devedor (e elas se inspiram em razões político-sociais), é a partir dos imperadores cristãos – e essa tendência se amplia com Justiniano – que, por motivos de ordem religiosa e humanitária, aumenta o número dessas normas, revelando-se *o favor debitoris* em princípios que visam a tornar menos inexorável o exercício do direito de crédito, ou a preservar a liberdade do devedor, ou a livrá-lo de atitudes vexatórias partidas dos credores, ou a facilitar-lhe a extinção do débito, ou a minorar-lhe a responsabilidade.”

Nessa sorte de consideração, corrobora-se a aplicabilidade do dever de cooperação do credor ao caso típico da dívida externa; a proteção do devedor na obtenção de sua liberação da relação obrigacional, outorgando-lhe condições dignas que possibilitem o adimplemento da obrigação, bem como a invocação do princípio *o favor debitoris* que impõe a solução da obrigação de maneira menos gravosa para o devedor, o que não se verifica no tema da dívida externa.

Ademais, o *o favor debitoris* já vem sendo indicado nos trabalhos do CEISAL em consideração à dívida externa. Vale citar as iniciativas relatadas pelo Professor Pierangelo CATALANO (2000):

“O *o favor debitoris* e os tradicionais limites jurídicos à usura, no que tangem ao direito (desde a antiga República romana até o direito latino-americano), estão evidenciados já em estudos do prof. José Carlos Moreira Alves, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal. Ele deu início a uma obra que eu definiria de reconstrução da me-

mória histórica dos juristas. Esta reconstrução tem sido vigorosamente prosseguida pela ASSLA – Associazione di Studi Sociale Latinoamericani a partir do VII Seminário “Roma-Brasília” em 1190. A tese da necessidade de se submeter a questão da dívida externa perante a Corte de Haya, através da solicitação de um parecer consultivo, que deve ser formulada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, tem sido tomada como tarefa principal pelo Grupo de Trabajo de Jurisprudencia do CEISAL – Consejo Europeo de Investigaciones de América Latina (organização não governamental, reconhecida pela UNESCO, com sede em Viena, que congrega desde os anos setenta associações, institutos e professores latinoamericanos da Europa). Vários seminários foram organizados pelo Grupo de Trabajo de Jurisprudencia do CEISAL.”

De outro lado, em suma, a relação obrigacional deve ser permeada pelos ditames da relação jurídica fundamental, do respeito à solidariedade e à dignidade da pessoa humana. Em decorrência disso, vista a obrigação como um processo, destinada a salvaguardar a liberdade do devedor ao cumprimento da obrigação, não se pode consentir que ela conduza o devedor à ruína, em detrimento de sua subsistência, sucumbindo na tentativa de cumprir o avençado.

Em verdade, o que se sustenta é uma justa e equilibrada relação obrigacional, sem lugar a inadimplementos irresponsáveis ou marcados por fraudulentas escusas, mas também sem prestigiar o escorchante abuso pelo credor.

No tema da dívida externa, verifica-se a violação a esse raciocínio, uma vez que o aumento desenfreado de juros é espoliativo, inibindo o desenvolvimento dos países da América Latina, contribuindo, ainda que indiretamente, para que as respectivas populações arquem com pesado ônus que afeta a sua subsistência.

6. Os deveres de cooperação e de auxílio nas relações obrigacionais duradouras

A relação obrigacional cujo cumprimento não se esgota em uma única prestação, mas em prestações sucessivas e duradouras, como é o caso do mútuo, merece uma atenção especial no que concerne aos citados deveres secundários de cooperação e auxílio.

Segundo Karl LARENZ (1958, p. 44-45),

“exigen las relaciones de obligación duraderas, por lo general, para su ejecución una confianza recíproca y una especial observancia de la diligencia en el cumplimiento de la actividad asumida, ya que en una vinculación durante largo tiempo cada una de las partes depende, más que en ningún otro caso, de la buena fe y del cumplimiento de lo convenido. De ahí que en estos casos tengan mayor significación los deberes de observar la buena fe y de la consideración personal. Puede esto llegar incluso a que en algunos casos, tales como en las relaciones de trabajo, a largo plazo, el deber recíproco de fidelidad pase a ser el centro de gravedad de la relación, superando en importancia al deber de cumplir las prestaciones, de tal modo que la estructura fundamental de toda la relación jurídica se asemeje a una ‘relación de comunidad de carácter personalista’. Pero aun en los casos en que esto no ocurra, de la necesidad de la recíproca confianza y acuerdo duradero deriva que cuando ello quede destruído a consecuencia de la conducta de una de las partes, tenga la otra la posibilidad de negarse a la continuación de la relación duradera, es decir, que podrá denunciarla sin sujeción a plazo”.

Não obstante o dever de boa-fé como imposição de comportamento, exige-se nas relações duradouras a confiança e a manu-

tenção das estipulações firmadas, imunes de alterações unilaterais, quando, uma vez constatada, poderá dar azo à resolução da obrigação por denúncia pela parte lesada.

No caso específico da dívida externa, a modificação unilateral da taxa de juros assume caráter ilícito, tal como demonstra Álvaro Villaça AZEVEDO (1995, p. 10):

“O caráter ilícito da alteração unilateral da taxa de juros da dívida externa é, realmente, preocupante, pois continua a ser admitido, no plano internacional, em verdadeiro desrespeito ao já aludido princípio da comutatividade dos contratos, em quebra da equidade e em prejuízo dos Países devedores.

Destaque-se que, nos contratos bilaterais, essencialmente, que nascem do livre entendimento das partes, regulando seus próprios interesses, não há que admitir-se situação que permita a manipulação dos valores contratados, ainda que isso conste da cláusula contratual, que, certamente, será abusiva e, mesmo, ilícita.”

Logo, tendo em vista que as modificações unilaterais da taxa de juros nas dívidas externas são consideradas ilícitas, violando, conseqüentemente, a boa-fé, a confiança e o dever de cooperação e auxílio, essenciais em qualquer relação duradoura, constata-se que é outorgada a faculdade ao devedor de denunciar a relação obrigacional pugnando pela sua resolução ante a quebra de suas bases estruturais.

Nesse diapasão, infere-se que o tradicional princípio *pacta sunt servanda* não prevalece de forma absoluta nas relações duradouras, sendo mitigado em função da violação da confiança em detrimento do devedor.

Trata-se, na verdade, de resgatar princípios morais do direito romano, que são plenamente aplicáveis ao caso vertente, consoante exposição histórica efetuada pelo Professor Pierangelo CATALANO (1997, p. 402-403):

“Di grande importanza in vista delle odierne questioni circa i principi sintetizzati nelle espressioni *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus* (di cui sono note le conseguenze in materia di debito internazionale) é lo sviluppo di pensiero alfonsiano a conclusione di Caput III, Dubium II, n. 720. S. Alfonso muove dalla *sententia* di quanti si basano anche su un notissimo passo dei *Digesta Iustiniani* (D. 2, 14, 7, 4 Ulpiano) e quindi, seguendo S. Tommaso, conclude in base a Seneca (De beneficiis 4, 35): ‘Et probant ex S. Thoma, qui docet promissionem obligare tantum secundum honestatem, non autem secundum jus civile, id est secundum iustitiam, ut explicant Salmant. Et insuper probant ex *l. Juris gentium, § Sed cum nulla, ff. de pactis, ubi dicitur quod nuda pactio obligationem non parit. – Et huic adhaeret Pater Concina, sentiens raro esse obligationem ex iustitia in simplicibus promissione.*

Notandum autem est ut certum quod quaevis promissio, etiam acceptata, non obligat, si postea promissum reddatur impossibile, seu valde nocivum, vel illicitum, vel inutile: et generaliter loquendo, quoties supervenit notabilis mutatio rerum, quae si praevisa fuisset, non fuisset facta promissio; quia semper promissio facta praesumitur sub tali tacita conditione. – Ita communiter Viva et Salmant., Continuator Tournely. Idque expresse docet D. Thomas, ubi loquens de obligatione promissoris, ait: ‘*Si vero non faciat quod promisit, tunc videtur infideliter agere per hoc quod animum mutat. Potest tamen excusari ex duobus: uno modo, si promisit id quod manifeste est illicitum... Alio modo, si sunt mutatae conditiones personarum et negotiorum: ut enim Seneca dicit: Ad hoc quod homo teneatur facere quod promisit, requiritur quod omnia immutata permaneant.*

Quanto alle pene *contro gli usurai* è implicito i richiamo al diritto romano: «2°. Usurarius publicus sive notorius non debet admitti ad Communionem altaris nec absolvi, donec restituat usuras, nec sepeliri in loco sacro; et qui scienter sepelit, ipso facto est excommunicatus. 3°. Addit Laymann, ejus testamentum ipso jure irritum esse, nisi ante mortem restituerit. Vide Lessium, Bonacina, Trullench». - [Item usurarii sunt infames. Salmant.]» (Lib. III, Cap. III, n. 792); cfr. Lib. VII, Cap. V n. 363 circa l’*infamia*. Anche qui è solida la radice romana precristiana: vedi la costituzione di Diocleziano e Massimiano del 290 (C. 2, 11, 20): «Improbum fenus exercentibus et usuras usurarum illicite exigentibus infamiae macula inroganda est»; cfr. il titolo *De usuris* del *Codex Iustinianus* (4, 32).

Questa dottrina è insieme religiosa morale giuridica.”

7. À guisa de conclusão: a lembrança das lições de André Franco Montoro

Pelo exposto, conclui-se, à luz de princípios gerais do direito, especialmente do direito civil obrigacional, que os sucessivos aumentos na taxa de juros das dívidas externas dos países da América Latina colidem com as colocações lançadas ao longo do presente trabalho.

Em razão disso, em prol da justiça social, da tentativa de garantia de desenvolvimento das nações e do respeito à solidariedade, é que o problema da dívida externa deve ser observado com acuidade, evitando-se que cada vez mais os credores enriqueçam e, em contrapartida, cada vez mais os países devedores empobrecam.

Por essas considerações, é cabível lembrar as palavras de PAULO VI, na Encíclica *Populorum progressio*, citado por André Franco MONTORO (1995, p. 167), que defendeu:

“Ainda que fossem consideráveis, seriam ilusórios os esforços feitos para ajudar, no plano financeiro e técnico, os países em via de desenvolvimento, se os resultados forem parcialmente anulados pelo jogo das relações comerciais entre países ricos e países pobres. A confiança destes últimos ficaria abalada se tivessem a impressão de que uma das mãos lhes tira o que a outra lhes dá.

(...)

Continua a valer o ensinamento de Leão XIII, na encíclica *Rerum Novarum*: em condições demasiado diferentes, a regra do livre consentimento das partes não basta para garantir a justiça do contrato, e permanece subordinada às exigências do direito natural. O que era verdade do justo salário individual, também o é dos contratos internacionais: uma economia de intercâmbio já não pode apoiar-se sobre a lei única da livre concorrência, que frequentes vezes leva à ditadura econômica. A liberdade das transações só é equitativa quando sujeita às exigências da justiça social.”

Tendo em mente essas idéias, instantaneamente vem a lembrança do saudoso Professor da Faculdade de Direito da PUC-SP, André Franco Montoro, notório defensor da integração dos países da América Latina e dos trabalhos concernentes ao tema da dívida externa.

André Franco MONTORO tinha a visão integrativa do mundo, perquirindo sempre o equilíbrio econômico nas relações jurídicas internacionais, o bem-estar das nações, o desenvolvimento e a justiça social.

No ano de 1991, ao manifestar-se em Roma sobre os cem anos da *Rerum Novarum*, enfatizou (MONTORO, 2001a, p. 22):

“Ao lado de conquistas econômicas, tecnológicas e culturais incontáveis, o sistema capitalista dominante está produzindo efeitos de flagrante desrespeito às leis da justiça e da

natureza. Os dados são brutais: 1 bilhão de pessoas humanas em situação de miséria; países pobres do Terceiro Mundo remetendo anualmente bilhões de dólares aos países ricos como serviço de uma dívida externa habilmente manipulada; cerca de 1 bilhão de dólares gastos na produção e comércio de armamentos; poluição e destruição da natureza promovidas pela desordenada utilização de processos econômicos e tecnológicos; fraudes e escândalos financeiros vinculados a concepções que negam um fundamento ético à economia, à política e às demais atividades sociais.”

E complementou seu raciocínio, com perfeita sintonia aos argumentos expostos ao longo do presente trabalho (MONTORO, p. 23):

“A base ética e humana da vida social – que constitui a essência do pensamento humanista – tem assim condições de se afirmar como diretriz insubstituível da vida econômica e social, no plano nacional e internacional.

Daí o reconhecimento cada dia maior de valores fundamentais, como a justiça, a democracia, o pluralismo, a participação, o desenvolvimento dos povos. E, em primeiro lugar, o respeito à dignidade da pessoa humana, princípio inspirador da *Rerum Novarum* e de todo o pensamento social, afirmado solenemente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia das Nações em 1948.

Aí estão a raiz e o caminho para a solução dos problemas da miséria e da fome, da dominação e da dívida externa, da ameaça e da conservação ecológica.”

André Franco Montoro, até no último momento de sua vida, continuava defendendo junto aos órgãos internacionais, especialmente junto às Nações Unidas, o respeito aos países pequenos, pobres ou em desenvolvimento.

Por isso, conclui-se o presente trabalho com suas palavras escritas, extraídas do discurso que faria no México, em julho de 1999, no Foro América Latina – Europa para um Desenvolvimento Social Sustentável (MONTORO, 2001b, p. 20), impossibilitado pela sua morte:

“Dentro desse quadro, compreende-se a importância da significativa decisão da ONU, ao declarar o período de 1990 a 2000 a Década do Direito Internacional.

Para disciplinar as relações econômicas internacionais e substituir a dominação selvagem do mais forte, o caminho da civilização e do verdadeiro progresso é o estabelecimento de normas internacionais fundadas na equidade e no respeito à dignidade de todos os membros da família humana. Essa é a grave tarefa dos economistas, juristas e estadistas sintonizados com as exigências éticas da sociedade contemporânea.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada por todas as nações da comunidade mundial, em 1948, lembra que o reconhecimento desses direitos constitui o fundamento da paz no mundo e afirma ‘ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos ... para que os homens não sejam compelidos à revolta contra a opressão’.

Não podemos esquecer que nos anos 30 o colapso da economia mundial de mercado na Europa e particularmente na Alemanha provocou o nascimento do nazismo e a eclosão da Segunda Guerra Mundial.

E a crise atual como terminará? Com a obediência cega às leis do mercado? Com o surgimento de uma convulsão social generalizada? Ou com o estabelecimento de normas disciplinadoras das relações econômicas internacionais?

Para superar a lei das selvas e a opressão dos mais fortes, a humanidade vem criando através da história normas jurídicas de civilização e respeito à dignidade das pessoas. A luta pelo direito é a própria história da civilização. Hoje essa luta se estende, principalmente, ao plano das relações internacionais. Esse é o sentido da citada decisão da ONU.

Talvez em nenhuma época como hoje, a luta pelo direito tenha se identificado tanto com a própria defesa da civilização e do desenvolvimento humano.

É o dever de todos zelar para que a globalização – superando os riscos da exclusão e da violência – esteja a serviço da paz e da solidariedade.”

Bibliografia

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Princípios gerais de direito contratual aplicáveis à dívida externa dos países em desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 718, p. 7-12, ago. 1995.
- BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: l'obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 4.
- CATALANO, Pierangelo. Princípios gerais de direito, direitos à vida e dívida externa. *Cidadania e Justiça*, [S. l.], v. 4, n. 8, p. 16-26, jan./jun. 2000.
- _____. *Religione morale diritto nella prospettiva dello ius romonum: da Tertulliano ad Alfonso Maria De'Liguori: Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne: ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*. Napoli: Jovene, 1997. v. 3.
- GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 9. ed. Padova: Cedam, 1996.
- _____. *Il diritto privato fra codice e costituzione*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1999.
- GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 35-55, jan. 1998. Tradução de Maria Cristina de Cicco.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Tradução de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

_____. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1.

LOTUFO, Renan (Org.). *Direito civil constitucional: cadernos 1*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MONTORO, André Franco. Cem anos da *Rerum Novarum*: presença humanista, presença cristã. *Revista da Faculdade de Direito PUC-SP*, São Paulo, v. 1, p. 21-23, jan./jun. 2001a.

_____. Controle dos capitais voláteis no sistema financeiro internacional. *Revista da Faculdade de Direito PUC-SP*, São Paulo, v. 1, p. 17-20, jan./jun. 2001b.

_____. *Introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de autonomia privada: caderno 2*. Curitiba: Juruá, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SILVA, Clóvis V. do Couto e Silva. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

A influência de Hobbes, Locke e Rousseau na formação do Parlamento moderno

Marcio A. Carvalho

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Hobbes e o Poder Legislativo. 3. Locke e o Poder Legislativo. 4. Rousseau e o Poder Legislativo. 5. Conclusão.

1. Considerações iniciais

A idéia inicial deste trabalho é discutir a influência dos modelos adotados pelos autores contratualistas – Hobbes, Locke e Rousseau – na formação do Poder Legislativo como o conhecemos hoje. Existem duas correntes que estudam o surgimento do Poder Legislativo como instituição sólida. A primeira delas estabelece uma visão não evolutiva do surgimento do legislativo, isto é, estabelece datas, e corpos de poder semelhantes ao Poder Legislativo. Destes, vê-se o surgimento do Parlamento como temos hoje. É da primeira corrente que se tem a idéia de que o “Legislativo Moderno” nasce na idade média, na Grã-Bretanha, com a função primeira de fiscalizar as contas reais.

A segunda corrente tem uma visão mais evolutiva e analisa o surgimento do Poder Legislativo como uma consequência do surgimento das comunidades. Para os estudiosos dessa corrente, com o surgimento da sociedade surgem as reuniões de homens notáveis das comunidades, e assim as primeiras amostras do Poder Legislativo, em que, nessas reuniões, traçavam-se desde re-

Marcio A. Carvalho é Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília, Mestre em Administração Pública pelo Rockefeller College of Public Administration and Policy – State University of New York at Albany – SUNY/Albany e candidato a doutor em Administração Pública pelo Rockefeller College of Public Administration and Policy – State University of New York at Albany – SUNY/Albany.

gras de condutas até a divisão do excedente das colheitas. Para RIGGS (1975), quando se fala em origem, implica-se algo novo, algo que não existia e foi estabelecido. CHACON (1997) vê o surgimento do Poder Legislativo nos conselhos de anciãos das tribos da Américas, África e Polinésia. Trazendo uma visão evolutiva do surgimento do Legislativo, essa corrente mostra que um possível embrião da divisão Câmara e Senado teria dado com a Ilíada de Homero, aproximadamente 1.400 anos antes de Cristo, quando o conselho deliberativo, a *boulé*, inicialmente formada por 100 conselheiros, cresceu até atingir cerca de 500 membros, sendo então subdividida em duas casas, uma mais numerosa que a outra.

A *boulé* pode ser considerada o primeiro formato do Poder Legislativo como o conhecemos hoje, pois reunia-se em um casa própria, sendo seus membros eleitos pelos cidadãos gregos, isto é, pelos homens, livres e de idade madura. Sua atividade principal era “a elaboração de minutas para discussão e aprovação pela assembleia-geral do povo ateniense, a *ecclesia* (...)” (CHACON, 1997, p. 8).

O segundo “parlamento” que nos chama a atenção é o Senado Romano, que tinha influência direta na política externa de Roma. Na época republicana, aproximadamente 510 a.C., passou a controlar o Poder Judiciário, as finanças públicas do Estado e o Exército.

Dessa maneira, temos uma visão não-estacionária do Poder Legislativo, que, na época de Hobbes, Locke e Rousseau, já existia e estava em funcionamento. Sabendo da importância desse poder, os três autores destacam, cada um à sua maneira, como deveria atuar o Poder Legislativo dentro da sociedade. Suas obras tornam-se marcos, tanto teóricos como práticos, para o funcionamento e a instituição de diversos parlamentos modernos. Locke teve, por exemplo, uma influência muito grande na Constituição Americana e conseqüentemente na formação do Legislativo daquele país.

2. Hobbes e o Poder Legislativo

Thomas HOBBS (1588 – 1679) tem em *Leviatã* (1651) sua principal obra. Nela, HOBBS supõe um desejo universal de autopreservação, isto é, os homens teriam vivido em um *Estado de Natureza* em que existiria uma guerra constante, sem regras nem propriedade privada. Tentando fugir desse estado, os homens passam a viver em sociedade, cedendo sua liberdade para um terceiro, ou para um grupo de homens – uma Assembleia – em troca de segurança. Para HOBBS, o melhor para essa nova sociedade seria o Poder nas mãos de um monarca; ele era um claro defensor do absolutismo.

Como absolutista, acreditava que o soberano não precisava prestar contas de suas ações aos súditos, desde que elas levassem em conta a segurança do sistema. Assim sendo, não estando subordinado a nenhuma lei, era o próprio monarca a fonte legisladora – *La loi, cete moi* – e, para cumprir todas as suas tarefas, concentrava todos os poderes em suas mãos, podendo apenas ser assessorado por um conselho secreto de homens por ele escolhido.

Assim, nessa linha de pensamento, todo o poder deve estar nas mãos de uma só instituição¹, não existe a separação de poderes, sendo o Estado, isto é, seu representante capaz, o único Legislador.

A função do Poder Legislador para HOBBS é a de fazer leis civis, isto é, as leis escritas. As leis não são conselhos mas ordens que devem ser seguidas por aqueles a quem se destinam. O pensamento desse formato também pressupõe a distinção entre as leis que devem ser: para todos os súditos; para determinadas províncias; para determinadas vocações; e para determinadas pessoas. Existe um outro tipo de lei que HOBBS classifica como *Lei da Natureza*. Diz a *Lei da Natureza*: “Não façam aos outros o que não consideram razoável que seja feito por outrem a ti mesmo.” Essa não é uma lei propriamente dita, mas sim qualidades iminentes ao ser humano que o predis põem

para a paz e obediência. Após a constituição do Estado, a Lei da Natureza passa a compor as Leis Civis e vice-versa. Essa Lei da Natureza só existe, portanto, quando a sociedade não está constituída.

Outro detalhe importante que pode ser extraído da obra de HOBBS, em relação às leis, é que sua função é a de estabelecer regras e não direitos, ditando aos súditos quais são suas características dentro da nova sociedade. A lei não é um direito de todos. Se a lei for para todos, trata-se de uma Lei de Natureza, que não precisa ser publicada nem proclamada. “Com exceção da lei de natureza, faz parte da essência de todas as outras leis serem dadas a conhecer a todos os que são obrigados a obedecê-las, quer oralmente, quer por escrito, ou mediante qualquer outro ato do soberano” (HOBBS, 1979, p. 165).

Como quem faz a lei civil é a instituição soberana, esta não está sujeita às leis que faz, pois não faria uma lei contra si mesma. A instituição soberana também é responsável pela revogação das leis já feitas, pois elas só podem ser revogadas por outra lei.

Assim sendo, o que faz a lei não é a *juris prudentia* (sabedoria dos juízes), mas sim a razão artificial do homem, o Estado, o que impede que haja contradição entre as leis. Existindo contradição, somente a razão do soberano irá eliminá-la. Esse é outro ponto que sustenta o Poder Legislativo nas mãos do soberano ou da Assembléia.

Em suma, não existe para HOBBS a separação dos poderes dentro do Estado, todos eles estariam nas mãos de um soberano ou de uma assembléia, inclusive o poder de fazer leis. Quem faz as leis não estaria sujeito a elas, mas acima delas, não existindo qualquer tipo de controle da sociedade sobre o legislador.

3. Locke e o Poder Legislativo

Jonh LOCKE (1689 – 1704), ao contrário de Hobbes, lutava contra o poder absoluto do rei, e em favor da burguesia, que tomava

força na sua época, o que marca sua obra. No seu pensamento, *Segundo Tratado sobre Governo*, LOCKE (1983) desenvolve o que podemos considerar seu modelo legislativo.

Como contratualista, assume a concepção de que o poder político nasce de um pacto entre os homens, que antes viviam em um Estado Natural. Entretanto, aqui está outro ponto que o diferencia substancialmente de Hobbes. Para LOCKE, no Estado Natural, os homens nascem livres e racionais, sendo portanto iguais, independentes e governados pela razão. O Estado Natural pressupõe a existência da propriedade, que tem no trabalho a sua origem.

No entanto, os homens poderiam inclinar-se no sentido de beneficiar a si próprios ou a grupos próximos, o que ameaçaria o Estado Natural. Para evitar um mal maior, o homem abandona esse estado e cria a sociedade política, baseada na relação homem – homem, e não Governado – Governante. Esse pacto não traz nada de novo, apenas garante o que já existe, com o claro objetivo de preservação da vida, da liberdade e da propriedade.

Dentro desse aspecto, o Poder Legislativo é considerado por LOCKE (1986, p. 86) como o Poder Soberano, delegado pela comunidade. “É o poder conjunto da sociedade cedido a uma pessoa, ou grupo de pessoas que são os legisladores. O poder conjunto não pode ser maior do que as pessoas tinham no Estado de Natureza pois ninguém pode transferir para outro mais poder do que possui”; assim, admite que o Poder Legislativo pode estar nas mãos de uma só pessoa. O que é interessante observar é a noção – matemática – de que a soma das partes não pode ser maior do que o conjunto, isto é, o conjunto do poder soberano de cada um dos homens que fazem o pacto para viverem em sociedade não pode ser menor do que o Poder Legislativo. Seria uma espécie de controle do Legislativo, por parte da sociedade.

Considerando, portanto, o Poder Legislativo como Poder Supremo, LOCKE vê como

principal função do Legislativo – assim como Hobbes – fazer leis. No entanto, LOCKE estabelece o que pode ser considerado como um pequeno código de conduta para o Legislativo, estabelecendo seis regras básicas.

A primeira leva em consideração a questão dos bens. O Poder Legislativo não pode ser arbitrário sobre a vida e a fortuna das pessoas. É interessante o destaque da palavra *arbitrário*. LOCKE – considerado como um dos primeiros autores políticos de tendências liberais – enfatiza muito a questão da arbitrariedade do Estado para com os cidadãos. Essa questão permeia também a segunda regra do Legislativo, qual seja, limitar-se ao bem público da sociedade; “[o Legislativo] é poder que não tem outro objetivo senão a preservação e, portanto, não poderá nunca ter o poder de destruir, escravizar ou propositalmente empobrecer os súditos” (LOCKE, 1987, p. 87).

A terceira regra é a de não chamar para si o poder de governar por meio de decretos extemporâneos e arbitrários, mas estar na obrigação de dispensar justiça e decidir do direito dos súditos mediante leis promulgadas e fixas. A questão da propriedade permeia as próximas duas regras. Como quarta sugestão temos que o Legislativo não pode tirar de qualquer homem parte da sua propriedade sem seu consentimento. E a quinta, garantir o direito de propriedade. Aliás, a questão da propriedade passa a ser fundamental para Locke, que em diversos trechos a defende.

Por último, o Poder Legislativo – ou Poder Soberano – não pode transferir o poder de elaborar leis a outras mãos. A questão da elaboração das leis merece também destaque na obra de Locke. O encadeamento é razoavelmente simples: o povo indica o Legislativo. O Legislativo faz as regras para o povo. O povo cumpre as regras estabelecidas por si mesmo. Assim, o Poder Legislativo, como representante do povo, está submetido às leis que faz.

Essas leis teriam um aspecto bem diferente daquelas leis defendidas por Hobbes.

O primeiro ponto que pode ser destacado é que essas regras ou leis não podem adquirir caráter particular, as mesmas regras devem ser válidas para todos. Outro destaque levantado por LOCKE é que as leis não podem – ou não devem – lançar impostos sobre a propriedade do povo, sem o consentimento deste ou por intermédio dos deputados. Nesse caso, o que se observa é a proposição de uma espécie de referendo, em que o Legislativo faria a lei e esta seria votada pela população, aprovando-a ou não. É uma exceção à regra proposta por Locke e demonstrada anteriormente, que dá plenos poderes ao Poder Legislativo. Ademais, as leis devem ser feitas apenas pelo Poder Legislativo e devem ser destinadas ao bem do povo.

Como para HOBBS (1979) o Poder Legislativo está nas mãos do Soberano – ou da Assembléia –, pode-se concluir que este é permanente. Já para LOCKE, o Poder Legislativo como instituição não deve ser permanente, pois não teria do que se ocupar, haja vista que a elaboração de leis é feita em um curto prazo. A permanência do Poder Legislativo reunido levaria à tentação de as pessoas fazerem leis em benefício próprio e quererem colocá-las em prática, ficando assim isentas das mesmas. Temos, portanto, outro pequeno fluxograma em que as pessoas escolhem o Legislativo. O Legislativo faz as leis. O Legislativo se separa para que seus indivíduos, como membros da sociedade, possam cumprir as leis que fizeram.

Outro avanço na obra de LOCKE (1983, p. 91) é a divisão do Estado em três poderes, a saber, Legislativo, Executivo e Federativo². Os poderes Executivo e Legislativo devem estar separados, como mostra o trecho seguinte:

“(…) Como as leis, elaboradas imediatamente e em prazo curto, têm força constante e duradoura, precisando de perpétua execução e assistência, torna-se necessária a existência de um poder permanente que acompanhe a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor. E desse modo os

poderes legislativo e executivo ficam frequentemente separados”.

Já o Poder Executivo e o Poder Federativo, apesar de conceitos distintos, dificilmente podem estar nas mãos de pessoas diferentes. Isso se explica, pois o Poder Federativo seria próximo à representação externa do Estado.

É importante destacar, portanto, que na obra de LOCKE não existe uma igualdade de poderes, e sim uma supremacia do Poder Legislativo. Ele é, entre os contratualistas, o autor que mais se preocupou com a questão do Poder Legislativo na sociedade, e que despertou a idéia de representação dos interesses do povo no Legislativo.

4. Rousseau e o Poder Legislativo

ROUSSEAU (1712 – 1778) apresenta idéias distintas de Hobbes e Locke sobre a questão do Estado de Natureza, do Pacto Social que origina o Estado e do Poder Legislativo, em sua obra *Do Contrato Social* (1978).

Seu *Estado de Natureza* existiu e era um estado pré-histórico, em que os homens viviam isolados e sem nenhum tipo de contato. O homem é naturalmente bom, no entanto, está constantemente ameaçado por outras forças. ROUSSEAU lança então a suposição de que um dia os homens no Estado de Natureza teriam chegado a um ponto em que os obstáculos para sua sobrevivência naquele estado eram maiores que a força de cada um dos indivíduos. Destarte,

“Como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e orientar as já existentes, não têm outros meio de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de forças, que possa sobrepujar a resistência, impelindo para um só móvel, levando-as a operar em concerto.” (ROUSSEAU, 1978, p. 31)

Continua,

“Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e

os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece, contudo, a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes. Esse, o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece” (p. 32).

Assim estaria formado o contrato social que faz surgir a sociedade e o Estado, que seria um corpo moral e coletivo. Para ROUSSEAU, esse pacto que faz surgir o sistema social não acaba com a liberdade natural dos indivíduos, pelo contrário, anula o que poderia ser desigual entre os homens na natureza e os torna iguais por convenção e direito.

Outro conceito importante, que permeia a obra de Rousseau, bem como sua visão do Poder Legislativo, é a questão da *Vontade Geral*, que seria a vontade do todo, da coletividade quando já em sociedade. É importante destacar que a *Vontade Geral* não seria a vontade da maioria. Essa *Vontade Geral* é permanente, e muitas vezes para identificá-la devem ser feitas votações. Essas votações não determinam qual a vontade geral da sociedade, apenas a identificam.

Após a formação do Estado – do corpo político –, Rousseau dá vida à sua criação, por intermédio da legislação. As leis devem ser gerais e abstratas, isto é, devem servir para todos, sem identificar um homem como indivíduo, ou uma ação particular. “Em suma, qualquer função relativa a um objeto individual não pertence, de modo algum, ao poder legislativo” (ROUSSEAU, 1978, p. 55).

Assim, para ROUSSEAU, cabe à *Vontade Geral* fazer as leis, que deverão ser obedecidas por todos, inclusive pelo Príncipe. Cabe, portanto, ao povo fazer as leis. No entanto, o povo precisa de guias, que mostrem qual a *Vontade Geral*; esses guias são os legisladores.

Os legisladores, que são os homens extraordinários do Estado, com inteligência superior, têm a função de descobrir quais são as melhores regras para a sociedade,

vislumbrando as paixões dos homens e tentando abstrair-se delas. Esses homens devem observar a sociedade e o povo antes de redigir as leis, observando também se este está apto a recebê-las.

ROUSSEAU deixa claro que aqueles que fazem as leis não devem governar porquanto as leis podem-se tornar instrumentos de suas paixões, aumentando as desigualdades entre os homens. Apesar dessa divisão de poderes, ROUSSEAU também deixa claro que a soberania do Estado não pode ser dividida. No capítulo II do Livro II do Contrato Social, deixa clara sua posição:

“A soberania é indivisível pela mesma razão que é inalienável, pois a vontade, ou é geral, ou não é; ou é a do corpo do povo, ou somente de uma parte. (...) Nossos políticos, porém, não podendo dividir a soberania em seu princípio, fazem-no em seu objeto. Dividem-na em força e vontade, em poder legislativo e poder executivo, em direitos, impostos, de justiça e de guerra, em administração interior e em poder de tratar com o estrangeiro. (...) Fazem do soberano um ser fantástico e formado de peças ajustadas, tal como se formassem um homem de inúmeros corpos, dos quais um tivesse os olhos, outro os braços, outro os pés, e nada mais além disso.” (p. 44, 45).

Temos então uma clara divisão entre os poderes do soberano e o Estado, sendo que os primeiros não podem ser divididos, mas o segundo sim.

Como função do Poder Legislativo, temos a produção de leis. Para Rousseau, existem três tipos de leis. As primeiras são as *leis políticas* ou *fundamentais*, que regulamentam a relação entre o Soberano e o Estado, ou a relação dos termos intermediários. O segundo tipo de lei regulamenta a relação entre os membros do corpo por inteiro. São as *leis civis*. O terceiro tipo regula a relação entre o homem e a Lei, dando origem às *leis criminais*. Juntando-se a essas leis, tem-se uma que é considerada uma lei para

Rousseau, mas não no seu sentido formal, isto é, escrita ou gravada. São os *usos, costumes e opiniões*.

Em suma, para ROUSSEAU, o Poder Legislativo era separado do poder executor das leis. O Legislativo era formado pelos legisladores, que eram os homens notáveis e não tinham a função de inventar leis, mas sim de identificar a vontade geral e, por intermédio dela, fazer as leis.

5. Conclusão

De fato, vislumbrando o surgimento do Legislativo Moderno como um processo evolutivo, temos uma influência muito grande desses três autores contratualistas no modelo legislativo atual.

Como ponto comum entre HOBBS (1979), LOCKE (1983) e ROUSSEAU (1978), temos o fato de que, para os três, o Poder Legislativo é o poder mais importante entre todos os poderes do Estado. Cada um à sua maneira, os autores constroem seus modelos legislativos baseados nas suas perspectivas de sistema de governo. HOBBS vê um Legislativo centralizador nas mãos, preferencialmente, de um só soberano. Um modelo absolutista. LOCKE e ROUSSEAU têm em seus modelos a divisão de poderes devido à preocupação com o excesso de poderes nas mãos de um só corpo. Os dois concordam em que uma Assembléia faça as leis e outro poder as coloque em funcionamento. É importante ainda ressaltar que não existe o equilíbrio de poderes pregado no sistema de governo atual. Tanto para HOBBS como para LOCKE e ROUSSEAU, o Legislativo é o mais importante dos poderes, sendo chamado pelos dois últimos de poder soberano.

Entre os três autores, é LOCKE quem dá maior destaque ao Poder Legislativo, trazendo um modelo mais robusto e consistente sobre sua atuação. Apesar disso, os três autores dispensam pouco espaço em suas obras para um detalhamento maior do funcionamento do Poder Legislativo, fato que

não pode ser classificado como um erro, mas sim relevado pelo caráter abrangente das propostas.

De concreto, como já mencionado, autores contemporâneos, como é o caso de OLSON (1994), têm forte influência desses três autores em sua obra. A questão da representatividade do Poder Legislativo, que é discutida principalmente por LOCKE quando afirma que o Legislativo exprime a vontade geral, e faz leis em consonância com ela, é ponto central na obra de OLSON. Para ele, o Legislativo é o corpo primário na sociedade democrática, pois todos os seus membros são escolhidos e têm iguais poderes entre si. Ademais, representam toda a sociedade, e não só uma parcela dela.

Um ponto que distingue os autores contratualistas dos autores contemporâneos está na função do Legislativo. Para HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU, a função primordial do Poder Legislativo estava em legislar, isto é, fazer as leis que seriam colocadas para a sociedade. Uma concepção mais contemporânea do Legislativo traz esta como uma função secundária desse Poder. Sua função primeira seria a de representar a sociedade, seus anseios, vontades e desejos; e essa representação seria a inspiração dos legisladores para a produção legislativa³ em si. Essa questão é bem discutida em SOARES (1997), que não vê apenas na produção legislativa formal uma maneira de se avaliar o desempenho legislativo das Assembléias atuais. Para ela, a questão da representatividade dos deputados e senadores para com aqueles que o elegem é mais importante do que um alto número de projetos apresentados e aprovados pelo Legislativo.

Outro aspecto que destoa completamente do pensamento dos contratualistas é a questão do veto ou sanção do Poder Executivo aos projetos aprovados pelo Legislativo, para que estes se tornem leis⁴. Para HOBBS, todos os poderes devem estar nas mãos de um só corpo. Este irá, portanto, fazer as leis e ao mesmo tempo fazer cumpri-

las. Para LOCKE, a vontade geral é expressa pelo Legislativo, sendo a lei uma expressão da vontade geral, não há a necessidade de uma segunda aprovação ou desaprovação por parte de outro poder. O próprio Legislativo, escolhido e nomeado pelo povo, irá sancionar aquelas leis que acredita irem contra a vontade geral. Já ROUSSEAU vê nos legisladores os homens extraordinários do Estado; assim sendo, também não admite a idéia de sanção por parte do Executivo para as leis do Legislativo.

Temos que admitir as diversas semelhanças e contrastes existentes entre o pensamento de Hobbes, Locke e Rousseau e o surgimento do Parlamento Moderno, que para muitos acontece com as mudanças no Parlamento Britânico, em 1882 com a *Reform Bill*, que lhe deu uma forma semelhante àquela que vemos hoje em diversos parlamentos no mundo. De fato, o pensamento dos contratualistas foi extremamente importante para as gerações futuras de autores políticos, não só para a questão do Poder Legislativo, mas para tantos outros temas.

É claro que o estudo do Poder Legislativo no Brasil e no mundo evoluiu muito nos últimos anos, principalmente depois de 1960, com o surgimento de diversos institutos e instituições que estudam exclusivamente o Poder Legislativo sob os mais diferentes aspectos. No entanto, temos que voltar na história e lembrar que o Poder Legislativo sempre foi figura central nos estudos políticos da sociedade. O Legislativo sempre esteve presente na história dos homens e sempre foi visto como uma alternativa para combater uma possível tendência arbitrária dos soberanos que detinham de fato o poder de coerção. Um bom exemplo disso foi o desenvolvimento da função de fiscalização das contas públicas e do tesouro real assumida pelo Parlamento Britânico no século XVII, além da de fazer leis.

Nesse sentido, Hobbes, Locke, Rousseau, e tantos outros autores clássicos e modernos, representaram avanços na idéia legislativa, gerando modelos e teorias que foram

utilizados pela sociedade nos anos a seguir. O Poder Legislativo atual é o fruto da semente que esses e outros autores plantaram em suas obras, mesmo que aquelas obras não sejam exclusivamente sobre o Poder Legislativo.

Notas

¹ HOBBS, apesar de defender o absolutismo, afirma que, quando os homens fazem o pacto para saírem do Estado de Natureza, fazem-no em favor de um terceiro, seja ele um monarca ou uma assembléia. Assim sendo, tentando melhorar a fluência do texto, o termo instituição será aqui utilizado, ressaltando-se os casos em que seja necessária a diferenciação.

² Apesar de não ser mencionado neste estudo, cabe aqui uma referência a Montesquieu (1689 – 1716), que acreditava que o melhor governo seria aquele em que houvesse um balanço de forças entre os três poderes: o Rei (que aplicaria as leis), o parlamento (que faria as leis) e os juízes que interpretariam as leis. Foi Montesquieu que criou o termo “separação de poderes”.

³ Como produção legislativa, podemos entender discursos, documentos impressos, projetos de lei, propostas de emenda à constituição, entre outros materiais.

⁴ Existe a possibilidade de derrubada dos vetos pelo Poder Legislativo; no entanto, a questão do veto, bem como das Medidas Provisórias, no caso do sistema brasileiro, dão ao Poder Executivo funções que deveriam ser do Legislativo, o que para Locke seria um erro grave do sistema.

Bibliografia

- CHACON, Vamireh. *História institucional do Senado do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1997.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores).
- OLSON, David. *Democratic legislative institutions: a comparative view*. New York: M.E. Shorp, 1994.
- RIGGS, Fred. *Legislative origins: a comparative and contextual approach*. [S. /]: International Studies Association; University of Pittsburg, 1975.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).
- SOARES, Rosinethe Monteiro Soares. *Instituição Legislativa*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. Textos de aula mimeografados.

Introdução aos princípios jurídicos

Ivan Luiz da Silva

Sumário

Introdução. 1. Princípios como normas jurídicas. 1.1. Do conceito de princípio jurídico. 1.2. Da natureza jurídica dos princípios jurídicos. 1.3. Dos princípios como núcleo da ordem jurídica. 1.4. Da classificação. 2. Da identificação dos princípios jurídicos. 2.1. Dos critérios de identificação principiológica. 2.1.1. Dos critérios de Ronald Dworkin. 2.1.2. Dos critérios de Robert Alexy. 2.1.3. Identificação principiológica: conclusões. 2.2. Dos princípios implícitos. 3. Da aplicação dos princípios jurídicos. 3.1. Das funções principiológicas. 3.2. Da normatividade concreta. 4. Conclusões

“(...) tanto as regras como os princípios são normas jurídicas porque ambos dizem o dever ser. (...) A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.”

Robert ALEXY (1993).

Introdução

Os princípios jurídicos refletem a cultura sócio-jurídica de uma sociedade em um dado momento (ou no decorrer) de sua história, sendo o conteúdo principal formado pelos valores superiores aceitos como verdade por essa sociedade.

É predominante na doutrina que os princípios são normas jurídicas que representam valores aceitos e realizados ao longo do tempo a partir da experiência social de uma determinada sociedade. Assim, os princípi-

Ivan Luiz da Silva é Mestre em Direito Público pela UFPE, Pós-graduado em Direito pela ESMape – Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Professor da FAL, Procurador de Estado/AL e Advogado, Ex-Procurador de Estado/SE, Ex-Defensor Público dativo da Assistência Judiciária Federal em Recife-PE.

os jurídicos são compostos de valores que, erigidos à categoria de normas jurídicas pelo legislador, servem de fundamento para o ordenamento jurídico e atuam como vetor na construção e aplicação das demais normas jurídicas.

A teoria principiológica, no atual estágio da Ciência Jurídica, auferiu tamanha relevância para o sistema normativo que hoje se discursa sobre uma dogmática principialista, que consiste numa dogmática assentada em princípios jurídicos que formam a estrutura da ordem jurídica constitucional.

Assim, o presente estudo objetiva expor analiticamente a teoria dos princípios como normas jurídicas constitucionais, abordando todos os aspectos relevantes desse entendimento; para tanto, dividiu o assunto em três partes: os princípios como norma jurídica, a identificação dos princípios e a aplicação dos princípios.

1. Princípios como normas jurídicas

Cumpramos investigar os aspectos abaixo sobre os princípios jurídicos para entendermos melhor sua importância na construção e aplicação das demais normas jurídicas, uma vez que o pensamento jurídico contemporâneo atribuiu-lhe *status* de autêntica norma jurídica em razão de sua positividade e vinculatividade na solução de casos concretos.

1.1. Do conceito de princípio jurídico

É lugar comum que o termo princípio leva-nos, sempre, à idéia de fase inicial ou de fundamento de algo. Contudo, neste estudo consideraremos apenas seu significado referente ao Direito¹.

Ensina De Plácido e SILVA (1989, p. 447) que princípio deriva do latim *principium* (origem, começo): “no sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras e preceitos, que se fixa-

ram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido. Mostram a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios Jurídicos, sem dúvida, significam pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios inscrevem-se nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos Direitos”.

A respeito do conceito de princípio, Ivo DANTAS² (1995, p. 59) ensina: “Para nós, PRINCÍPIOS são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade”.

Da análise dos conceitos acima, infere-se que princípios são mandamentos nucleares e fundamentais de um sistema. Na seara jurídica, significam a base fundamental do ordenamento normativo, atuando como critérios de direção na elaboração e aplicação das outras normas jurídicas.

A condição para que um mandamento tenha natureza de princípio é a “sua capacidade de superar os limites de sua força interna para irradiar comandos operadores do funcionamento de estruturas alheias ao próprio ser. O princípio projeta sua relevância sobre a existência de outros seres, por isso seu caráter transcendental, superior e vinculante” (LOPES, 1997, p. 31).

Em lapidar conceituação, Celso Antônio Bandeira de MELO³ (1994, p. 450) ensina que princípio jurídico é: “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido”.

Os princípios são, portanto, mandamentos jurídicos primaciais e fundamentais, compostos de valores da cultura sócio-jurídica da sociedade, que servem de substrato às outras normas jurídicas quando aplicadas na solução de casos concretos.

Dos conceitos sobre princípios jurídicos, acima apresentados, podemos extrair os seguintes elementos comuns: a) são mandamentos nucleares e fundamentais de um sistema normativo, b) atuam como base da ordem jurídica, c) são compostos de elementos extraídos da cultura sócio-jurídica de uma sociedade, d) irradiam comandos que vão influenciar a composição e funcionamento das outras normas jurídicas.

1.2. Da natureza jurídica dos princípios jurídicos

Em sede da teoria dos princípios, sempre houve grande polêmica no que tange à sua natureza jurídica, sendo o entendimento predominante, atualmente, o que lhes atribui *status* de norma jurídica. Todavia, no início dos estudos teóricos, negava-se-lhes esse caráter normativo.

A corrente negativista da normatividade justificava seu entendimento argumentando que o alto grau de vagueza e formulação descritiva dos princípios não permitiam sua qualificação como normas jurídicas, como bem aponta Walter ROTHENBURG (1999, p. 13): “uma primeira abordagem negava caráter de autênticas normas jurídicas aos princípios. Por força de sua suposta natureza ‘transcendente’, ou em razão de seu conteúdo e vagueza, bem como pela sua

formulação através de dispositivos destituídos de sanção (imediate), eram os princípios qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito. E porque a própria constituição seria, justamente, aquele momento lindeiro entre o social (a moral, o político etc.) e o jurídico, ou seja, porque a própria constituição não representaria um corpo estritamente jurídico, aparecia ela como o repositório natural de princípios assim considerados (desprovidos de natureza eminentemente jurídica)”.

Não obstante tais considerações iniciais, o pensamento que prevaleceu foi o que atribui aos princípios positividade e vinculatividade, uma vez que atuam como normas jurídicas sobre comportamentos públicos e privados, bem como incidem sobre a aplicação e interpretação de outras normas.

O reconhecimento da normatividade principial passou pela elaboração metodológica das correntes jusfilosóficas de pensamento, que, segundo Paulo BONAVIDES⁴ (1994, p. 232), ocorreu em três fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Assim, os princípios jurídicos, inicialmente, superaram a concepção jusnaturalista de idéia de justiça, ultrapassando, também, o pensamento positivista de normas subsidiárias supletivas para terem sua normatividade reconhecida na atual fase pós-positivista. O pós-positivismo, ocorrido nas últimas décadas do século passado, consiste na hegemonia axiológico-normativa dos princípios, que, positivados nos textos constitucionais, são convertidos em pedestal normativo dos sistemas constitucionais. Nessa fase têm reconhecida sua natureza normativa e caráter vinculante na resolução de problemas concretos (BONAVIDES, 1994, p. 237)⁵.

Conquanto os princípios tenham alcançado hegemonia axiológico-normativa com o pós-positivismo, nas últimas décadas do século XX, sua normatividade já era ressaltada por Vezio CRISAFULLI⁶ (apud BONAVIDES, 1994, p. 230) que, em 1952, apontou o caráter

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

Esse entendimento primacial encontra-se em consonância com o pensamento pós-positivista posteriormente elaborado, no qual os princípios são normas jurídicas fundantes da ordem jurídica constitucional.

O progressivo reconhecimento da normatividade principal foi alterando também a localização dos princípios jurídicos, que dos códigos saltaram para o corpo das constituições, nas quais tiveram sua normatividade potencializada e passaram a atuar como fundamento da ordem jurídica e a informar o conteúdo das demais normas jurídicas.

Sobre a natureza jurídica dos princípios, agora constitucionalizados, Cármen ROCHA⁷ (1994, p. 26) tece as seguintes considerações: “Em sua natureza jurídica, os princípios constitucionais têm normatividade incontestável, quer dizer, contêm-se nas normas jurídicas do sistema fundamental. Estas normas, nas quais residem os princípios constitucionais, são superiores a quaisquer outras, em razão do conteúdo expressa ou implicitamente nelas formalizado. A norma jurídica não é, pois, o objeto do Direito, mas o instrumento pelo qual o raciocínio jurídico se firma”.

Na doutrina italiana, Norberto BOBBIO (1999, p. 158) também reconhece a natureza normativa dos princípios jurídicos: “Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípio induz em engano, tanto que é velha a questão entre juristas se os princípios gerais são normas ou não são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são

normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais se ocupou da problemática, ou seja, CRISAFULLI. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?”.

Em face do comentário acima, é mister esclarecer-se que Norberto BOBBIO (1999) e boa parte da doutrina entendem que os princípios jurídicos constitucionais são os princípios gerais do Direito positivado, que migraram dos códigos de direito privado para as constituições na fase pós-positivista da teoria principiológica. É nesse sentido que deve ser entendido o ensinamento acima transcrito⁸.

Em sede da normatividade principal, a problemática reside em demonstrar se os princípios jurídicos atendem à estrutura das normas jurídicas em geral⁹. Essa estrutura é composta por três elementos, a saber: hipótese (previsão abstrata de um comportamento), mandamento (comando prescritivo) e sanção (conseqüência jurídica)¹⁰.

Nessa mesma linha de raciocínio sobre a estrutura das normas jurídicas, Eros GRAU¹¹ (1997, p. 108) preleciona: “A norma jurídica (proposição jurídica) é dotada de uma estrutura peculiar: representa determinada situação objetiva, hipotética (*Tatbestand*, hipótese, pressuposto de fato, *facti species*) à qual estão ligadas certas conseqüências práticas, ou seja, os efeitos jurídicos por ela prescritos (*Rechtsfolge*,

estatuição, injunção). A norma jurídica prescreve os efeitos enunciados na estatuição ou injunção em relação à situação objetiva que prevê possa vir a se verificar, desde que ela se verifique. Por isso é dotada de caráter logicamente hipotético: enuncia hipótese que produz conseqüências jurídicas. O caráter formal das proposições jurídicas é expresso na conexão entre uma hipótese e uma estatuição de conseqüência jurídica”.

De modo geral, as normas jurídicas são enunciadas de formas prescritivas, enquanto os princípios jurídicos assumem o modelo descritivo. Contudo, tais circunstâncias não são suficientes para afastar sua normatividade, pois ensina Lourival VILANOVA (1977, p. 51) que o revestimento verbal das normas jurídicas positivas não obedece a uma forma padrão¹².

Para que um enunciado, ainda que descritivo, seja caracterizado como normativo, é mister que sua reenunção seja possível segundo a seguinte fórmula de linguagem lógica: “Se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou omitir conduta C ante outro sujeito S” (VILANOVA, 1977, p. 51).

Exsurge, portanto, que, mesmo sendo enunciados descritivos, os princípios jurídicos consistem em autênticas normas jurídicas, pois a ocorrência do suporte fático verifica o descrito na hipótese. Eros GRAU (1997, p. 109), nesse sentido, magistralmente pontifica: “assim, embora as proposições jurídicas sejam prescritivas (deônticas) e não meramente descritivas (apofânticas), podem ser enunciadas – e isso ocorre com freqüência – sob o revestimento verbal não prescritivo. Exemplifico com o que dispõe o art. 22, I, da Constituição de 1988: compete privativamente à União legislar sobre direito civil; o que está aí afirmado é que, se o Estado-membro, o Distrito Federal ou Município legislar sobre direito civil, estas legislações serão inválidas (ao passo que, se o fizer a União, a legislação será válida)”.

Inferre-se, pois, que os princípios atendem a estrutura das normas, já que possu-

em hipótese e injunção suficientes para caracterizá-los como norma jurídica. Esse também é o entendimento de Eros GRAU (1997, p. 110) ao afirmar que os princípios “(...) portam em si pressupostos de fato (*Tatbestand*, hipótese, *facti species*) suficientes a sua caracterização como norma. Apenas o portam de modo a enunciar uma série indeterminada de *facti species*. Quanto à estatuição (*Rechtsfolge*, injunção), neles também comparece, embora de modo implícito, no extremo completável em outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras normas jurídicas incompletas. (...)”. Com efeito, é força reconhecer que os princípios jurídicos, como normas que são, também impõem o dever-ser quando realizado seu suporte fático.

Assim, resta demonstrado que os princípios são normas jurídicas; caso contrário, ter-se-ia de se admitir que a Constituição pátria possui enunciados que não são normas jurídicas; como, por exemplo, o art. 5º, *caput*, que preconiza: “todos são iguais perante a lei (...)”. Contudo, esse entendimento não possui juridicidade em razão de negar a natureza normativa da Carta Magna (GRAU, 1997, p. 109). Em lapidar lição, Cármen ROCHA (1994, p. 26) ensina: “Sendo a Constituição uma lei, não se pode deixar de concluir que todos os princípios que nela se incluem, expressa ou implicitamente, são leis, normas jurídicas postas à observância insuperável e incontornável da sociedade estatal”.

1.3. Dos princípios como núcleo da ordem jurídica

A grande transformação normativa pela qual passaram os princípios na fase do pós-positivismo os levou de normas subsidiárias juscivilistas ao ingresso nas constituições na condição de normas primárias de normatividade, nas quais atuam como fundamento da ordem jurídica. Sobre esse ponto, é magistral a observação de Paulo BONAVIDES¹³ (1994, p. 259): “em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios

que nos sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”.

Essa supervalorização dos princípios jurídicos ocorreu após o reconhecimento de sua normatividade e preeminência, que assim é comentada por BONAVIDES (1994, p. 257): “a proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboraram essa tendência irresistível que conduz à valorização e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema (...)”.

Assim, “a teoria dos princípios depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente se converteu no coração das Constituições” (BONAVIDES, 1994, p. 257). Essa assertiva justifica-se em razão da importância que os princípios possuem para a ordem jurídica: “(...) os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência” (BONAVIDES, 1994, p. 257)¹⁴.

Devido ser a Constituição o germen do ordenamento jurídico, os princípios nela inseridos se transformam nos fundamentos da ordem jurídica global. Esse também é o entendimento de Jesús Gonzales PÉREZ (apud SUNDFELD, 2000, p. 146): “os princípios jurídicos constituem a base do ordenamento jurídico, ‘a parte permanente e eterna do direito e também a cambiante e mutável, que determina a evolução jurídica’; são as idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica da Nação”.

Com efeito, os princípios jurídicos estabelecidos na Constituição “postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação

no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas” (BONAVIDES, 1994, p. 260).

Ensina, ainda, BONAVIDES (1994, p. 261)¹⁵: “tudo isso se faz extremamente claro desde que a Constituição sendo, como é, na mais prestigiosa doutrina constitucional, uma expressão do ‘consenso social sobre os valores básicos’, se torna, (...), o ‘alfa e ômega’ da ordem jurídica, fazendo, ao nosso ver, de seus princípios, estampados naqueles valores, o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema”.

Por último, finaliza o mestre citado: “fazem eles [os princípios constitucionais] a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualificativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição” (BONAVIDES, 1994, p. 261).

O núcleo principal representa um fator de evolução constitucional, pois permite à Constituição evoluir e atualizar-se sem que seu texto seja alterado, uma vez que os princípios jurídicos, por força de sua maleabilidade, têm maior facilidade em se acomodar às alterações que ocorrem na sociedade no decorrer do tempo.

Não obstante o núcleo constitucional seja composto por princípios jurídicos, é mister explicitar-se que a teoria constitucional contemporânea ensina que a Constituição é um sistema aberto de princípios e regras jurídicos, já que o ordenamento jurídico necessita de ambas as espécies de normas¹⁶.

1.4. Da classificação

A doutrina oferece uma grande variedade de classificações para os princípios jurí-

dicos, que, grosso modo, atendem à necessidade de quem as realizou. Contudo, o critério mais freqüente é o que toma por base a generalidade das normas principiais. Assim, Walter ROTHENBURG (1999, p. 67)¹⁷ observa: “De modo geral, as classificações orientam-se por um critério de generalidade/positividade, apresentando por primeiro princípios gerais de Direito, em seguida princípios básicos, mas referidos a uma determinada concepção político-social, e finalmente princípios mais específicos dotados de uma maior precisão”.

A classificação mais utilizada é a elaborada por CANOTILHO (1993), a saber: a) princípios jurídicos fundamentais, b) princípios políticos constitucionais, c) princípios constitucionais impositivos e d) princípios-garantia. Vejamos o conteúdo de cada uma dessas modalidades:

1) Princípios jurídicos fundamentais “são os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem a ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”. São exemplos: princípio da publicidade dos atos jurídicos (art. 5º, LX e 37, *caput*), princípio da proporcionalidade (art. 1º, *caput*, art. 5º, LIV), princípio da impessoalidade da administração pública (art. 37, *caput*) (CANOTILHO, 1993, p. 171).

2) Princípios políticos constitucionalmente conformadores são “(...) os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. (...) São o cerne de uma Constituição política”. São exemplos: princípio federativo (art. 1º, *caput*, c/c art. 18), princípio republicano (art. 1º, parágrafo único), princípio do Estado de Direito (art. 1º, *caput*) etc (CANOTILHO, 1993, p. 172).

3) Princípios constitucionais impositivos são “(...) todos os princípios que, no âmbito da Constituição dirigente, impõem aos ór-

gãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. (...) Traçam, sobre tudo para o legislador, linhas retrizes da sua atividade política e legislativa”. São exemplos: princípio da livre organização social (art. 3º, I), princípio da solidariedade, princípio da erradicação da pobreza etc (CANOTILHO, 1993, p. 173). 4) Princípios-garantia são os “princípios que visam instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa”. São exemplos: princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX), princípio do juiz natural (art. 5º, LIII c/c XXXVII), princípios da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX) (CANOTILHO, 1993, p. 173).

Por seu turno, Luís Roberto BARROSO (1991, p. 17-39) classifica os princípios em três modalidades: a) princípios fundamentais, que correspondem as decisões políticas estruturais do Estado (princípio republicano, federativo, separação dos poderes etc.); b) princípios constitucionais gerais, que são desdobramentos menos abstratos – ou seja, normas mais densas – dos princípios fundamentais (legalidade, isonomia, juiz natural, irretroatividade das leis etc.); c) princípios setoriais ou especiais, que presidem um específico conjunto de normas afetas a um determinado tema (capítulo ou título da Constituição); são detalhamentos dos princípios gerais, como os princípios da legalidade penal, às vezes autônomos como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou do concurso público para ingresso em cargo público.

2. Da identificação dos princípios jurídicos

2.1. Dos critérios de identificação principiológica

A identificação dos princípios jurídicos tem sido considerada pela doutrina como uma tarefa complexa e confusa, havendo,

para tanto, uma grande variedade de critérios. Essa complexidade, em parte, advém da circunstância de não se esclarecer se há uma diferença de grau qualitativa entre as duas espécies de normas que compõem a ordem jurídica: os princípios e as regras (CANOTILHO, 1993, p. 167).

Assim, é preciso, pois, firmar a premissa que as normas jurídicas são de duas espécies – princípios e regras – e que a identificação de cada espécie deverá ser realizada pelos critérios de distinção de normas¹⁸.

Vários são os critérios para distinção das normas jurídicas, sendo que, de modo geral, a doutrina ensina que a identificação de um princípio jurídico é realizada por um processo lógico de progressiva generalização da norma analisada até atingir-se o grau mais elevado de abstração¹⁹.

No presente estudo, apresentaremos apenas comentários a respeito dos dois critérios que melhor identificam os princípios jurídicos: os de Ronald DWORKIN (1989) e os de Robert ALEXYS²⁰ (1993).

2.1.1. Dos critérios de Ronald Dworkin

Segundo Ronald DWORKIN (1989, p. 74), há uma diferença lógica entre princípios e regras, sendo os critérios para distingui-los formulados com base nos mecanismos de aplicação: o primeiro, o do “tudo ou nada” (*all or nothing*); e o segundo, o do peso ou importância.

No que concerne ao critério do “tudo ou nada”, Eros GRAU (1997, p. 89-90) assim preleciona:

“As regras são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira (...) se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser aplicada.

Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente

te quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam”.

Isso ocorre devido às regras não comportarem exceções, como bem ensina Ronald DWORKIN: “se os fatos que a regra estipula estão presentes, então ou bem a regra é válida, e nesse caso o comando que ela estabelece tem de ser aplicado, ou bem ela não é, e nesse caso ela não contribui em nada para a decisão do caso”.

Quanto aos princípios jurídicos, a ocorrência das condições para sua incidência não impõe necessariamente a sua aplicação ao caso concreto. Por outro lado, a não incidência não implica sua exclusão da ordem jurídica.

Em relação ao segundo critério, o de “peso ou importância”, que decorre do primeiro, DWORKIN (1989, p. 77-78) ensina:

“(…) os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão de peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam (...), quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles.

(...) As regras não possuem tal dimensão. (...) Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra de modo que, no caso de conflito entre ambas, deva prevalecer uma em virtude do seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida”.

Nesse mesmo sentido, Daniel SARMENTO (2000, p. 45) ensina: “os princípios são dotados de uma dimensão de peso. Tal característica revela-se quando dois princípios diferentes incidem sobre determinado caso concreto, entrando em colisão. Nesta hipótese, o conflito é solucionado levando em consideração o peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas presentes no caso, a fim de que se possa precisar em que medida cada uma cederá espaço ao outro”.

Diante de um problema concreto, será aplicado o princípio jurídico que tiver maior peso em relação ao outro. Todavia, a preferência por um princípio não excluirá o outro da ordem jurídica, uma vez que este poderá ser aplicado em detrimento de outros ou, até mesmo, do que o preteriu.

2.1.2. Dos critérios de Robert Alexy

Sobre a problemática da distinção entre princípios e regras, Robert ALEXY elaborou um critério de diferenciação de normas que, na essência, é a mesma de Ronald DWORKIN.

Para distinguir princípios e regras, ALEXY (1993, p. 83) parte da premissa que ambos são espécies de normas jurídicas, assim expõe: “(...) tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandamento, da permissão e de proibição. Os princípios, tal como as regras, são razões para juízos concretos de deve-ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas”.

Informa Robert ALEXY (1993, p. 83) que há uma grande variedade de critérios para distinguir princípios e regras; contudo, observa que o da generalidade é o mais frequente. Segundo esse critério, os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade, enquanto as regras são normas de baixo grau de generalidade. Após analisar os vários critérios de distinção, ALEXY expõe três teses possíveis sobre a diferença entre essas espécies de normas, salientando, ao final, que a terceira tese é a correta, na qual apresenta seu “critério gradualista-qualitativo”.

O critério gradualista-qualitativo de ALEXY (1993, p. 86) é no sentido de que entre princípio e regra não impera apenas uma distinção de grau, mas de qualidade também, como esclarecem suas palavras: “a terceira tese diz que as normas podem dividir-

se em regras e princípios e que entre regras e princípios existe não só uma diferença gradual mas também qualitativa. Esta tese é correta”.

O ponto determinante desse critério é que os princípios encerram mandados de otimização, isto é, podem ser cumpridos em distintos graus e seu cumprimento depende de condições fáticas e jurídicas. Nesse sentido é a lição de ALEXY (1993, p. 86): “(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos”. Por outro lado, as regras são normas que podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, deve ser cumprida. Assim, infere-se que há uma diferença qualitativa entre princípios e regras, e que toda norma é princípio ou regra.

Não obstante o critério acima comentado, ALEXY (1993, p. 88) ensina que a distinção entre regras e princípios desponta com maior nitidez na colisão de princípios e no conflito de regras. O denominador comum entre ambos é que duas normas, cada qual aplicada de *per si*, conduzem a resultados incompatíveis, a saber, dois juízos concretos e contraditórios do dever-ser jurídico.

Em relação ao conflito de regras, “pode ser solucionado ou bem introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou declarando inválida, pelos menos, uma das regras”. A regra é inválida quando ab-rogada ou derogada por outra, que pode ocorrer, no caso brasileiro, nos termos do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 4.657/42, a Lei de Introdução ao Código Civil pátrio (ALEXY, 1993, p. 88).

Em sede de colisão de princípios, tudo se passa de maneira distinta. A colisão ocor-

re quando algo é permitido por um princípio, mas vedado por outro, hipótese em que um dos princípios deverá ceder. Isso, porém, não significa que o princípio preterido foi declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza (ALEXY, 1993, p. 88).

A solução para essas colisões principiais é apontada por Alexy (ALEXY, 1993, p. 89): “(...) o que sucede é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede a outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm peso e que prima o princípio com maior peso”.

Assim, configurada a colisão de princípios, é mister proceder-se uma ponderação dos interesses opostos envolvidos para se chegar ao princípio de maior peso, que será aplicado na solução do caso concreto. Esse procedimento é denominado “relação de precedência condicionada”.

Nesse sentido é a lição de ALEXY (1993, p. 92): “(...) A solução da colisão consiste mais exatamente em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação da relação condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede o outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente”.

A relação de precedência condicionada resolve a colisão de princípios utilizando a dimensão de peso das normas principiais, ou seja, será aplicado (precederá) no caso concreto o princípio que tiver maior peso em relação ao outro, em face das condições dadas.

A relação de precedência é representada pela fórmula (P1 P P2)C, onde: P1 e P2 são os princípios contrapostos, que conduzem a juízos concretos de dever-ser reciprocamente contraditórios; P é o símbolo da relação de precedência e C representa as condi-

ções sob as quais um princípio precede ao outro (ALEXY, 1993, p. 92).

Assim, numa colisão em que P1 é o princípio que permite e P2 o princípio que proíbe, a solução se dará analisando qual princípio tem maior peso sob as condições C dadas. Por exemplo, se P1 é o princípio de direito à vida, e P2 o de direito à propriedade, num caso em que há risco para a vida de alguém, então a solução será assim representada (P1 P P2)C: o princípio P1, sob as condições C, precede ao princípio P2. *A contrario sensu*, se as condições dadas fossem diversas, sem risco de vida para alguém, – Cy – a solução poderia ser (P2 P P1) Cy.

Essas conclusões são denominadas “Lei de colisão”, a qual reflete o caráter de mandados de otimização dos princípios.

Os princípios, portanto, são identificados em razão de poderem ter sua aplicação ponderada diante do caso concreto, isto é, podem ser cumpridos em distintos graus ou “pouco a pouco”. Enquanto as regras incidem segundo o “tudo ou nada”.

2.1.3. Identificação principiológica: conclusões

Em face dos critérios expostos pertinentes à distinção de normas jurídicas, podem-se identificar os princípios jurídicos nos seguintes termos (CANOTILHO, 1993, p. 167):

1. são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, conforme as condições fáticas e jurídicas;

2. os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes;

3. em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou *stands* que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados;

4. os princípios possuem uma dimensão de peso (importância, ponderação, valia) que suscita questionamentos sobre as condições para sua aplicação ou não.

2.2. Dos princípios implícitos

A ordem jurídica constitucional não é composta apenas pelas normas expressas em seu texto legal, mas também por princípios que subsistem em estado de latência em seu interior, denominados princípios implícitos. Isso se dá em razão de o texto normativo não exaurir a norma, sendo possível, portanto, extrair-se norma mesmo de onde não haja texto (SARMENTO, 2000, p. 53)²¹.

Na mesma linha de entendimento, Carlos SUNDFELD (2000, p. 149) pontifica: “os princípios nem sempre estão inscritos explicitamente em algum texto normativo. Frequentemente estão apenas implícitos, tornando-se necessário desvendá-los (...)”.

Ensina Ruy ESPÍNDOLA (1999, p. 182) que esses princípios podem ser encontrados no decorrer do texto constitucional, sendo sua exposição nesses termos: “(...) podem os princípios constitucionais existir positivamente em outras partes do texto constitucional, como podem ser deduzidos da narrativa textual, desde que efetivamente compreendidos nos enunciados do texto, segundo revelarem os postulados metódicos de interpretação e concretização constitucional. Parte disso corrobora, como é lícito concluir, a idéia de princípios constitucionais expressos e implícitos no sistema constitucional”.

Assim, podemos afirmar que esses princípios são encontrados por meio da interpretação e concretização judicial (sentenças e acórdãos) das normas constitucionais, que lhes definem os limites e conteúdo com o decorrer do tempo, já que, para o geral, essas atividades são expressão de concepções difundidas acerca de como deve ser o Direito (ALEXY, 1993, p. 104).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça assim entendeu:

“O direito não se esgota na lei. O Judiciário, porque deve expedir a norma justa, leva em conta também os princípios jurídicos”. (STJ, EDAGA nº

100787/SP, 6ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 19/12/1997).

Esses princípios implícitos localizam-se na própria ordem jurídica, cabendo ao intérprete e/ou operador jurídicos descobri-los. Eros GRAU (1997, p. 115-117)²², que os equipara aos princípios gerais do Direito, assim comenta essas normas:

“Os princípios gerais do direito são, assim, efetivamente descobertos no interior de determinado ordenamento. E o são justamente porque neste mesmo ordenamento – isto é, no interior dele – já se encontravam, em estado de latência.

Não se trata, portanto, de princípios que o aplicador do direito ou intérprete possa resgatar fora do ordenamento, em uma ordem suprapositiva ou no Direito Natural. Insista-se: eles não são descobertos em um ideal de ‘direito justo’ ou em uma ‘idéia de direito’.

Trata-se, pelo contrário – e neste ponto desejo referir explicitamente os princípios descobertos no seio de uma Constituição –, não de princípios declarados (porque anteriores a ela) pela Constituição, mas sim de princípios que, embora nela não expressamente enunciados, no seu bojo estão inseridos. (...)

Insisto em que esses princípios, em estado de latência, existentes sob cada ordenamento, isto é, sob cada direito posto, repousam no direito pressuposto que a ele corresponda. Neste direito pressuposto os encontramos ou não encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem”.

No que concerne à Constituição brasileira, a existência desses princípios é expressamente reconhecida na denominada cláusula de reserva, prevista em seu art. 5º, § 2º, que assim preconiza: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados in-

ternacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Esse também é o entendimento de Walter ROTHENBURG (1999, p. 58) que lapidarmente expõe: “(...) nossa atual Constituição, no pródigo artigo 5º – que inaugura o título II, ‘Dos direitos e garantias fundamentais’ –, após enumerar longa série de ‘direitos’, adverte, no parágrafo 2º, que esses ‘não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela (Constituição) adotados ...’, como a indicar que outros ‘direitos fundamentais’ somente podem resultar de princípios contidos no sistema (ainda que não ostensivamente revelados). Trata-se de uma apreensão ‘integral’ do fenômeno constitucional – conferindo novo significado à expressão ‘constituição em sentido material’ (axiológico) –, ultrapassando uma visão de sistema fechado em prol duma concepção ‘aberta’, que admite a integração por outros ‘elementos’ (sobremaneira os valores e sentimentos) além dos estritamente formais, bem como um intercâmbio entre eles (interagindo com os demais dados da realidade)”.

Assim, os trabalhos de interpretação e concretização das normas constitucionais têm descoberto vários princípios implícitos na Constituição brasileira, que são utilizados para solução de problemas concretos, como exemplo: o da supremacia do interesse público, da proporcionalidade, da razoabilidade etc. Cumpre salientarmos, ainda, que inexistente hierarquia entre os princípios expressos e os implícitos, sendo que a aplicação de qualquer um desses deverá ser feita conforme o resultado da ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

No que pertine aos princípios jurídicos implícitos, a jurisprudência da Corte Suprema assim os reconhece:

“(...) Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diver-

sas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. (...) Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio”. (STF, RE 160.381/SP, 2ª T., rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 153/1.030).

Assim, é força reconhecer que há princípios que se encontram em estado de latência na ordem constitucional – na denominada *ordem pressuposta* –, na qual o intérprete deve ir buscar um princípio implícito, se lá estiver presente, por meio da concretização das normas constitucionais.

3. Da aplicação dos princípios jurídicos

Superado o entendimento que negava normatividade jurídica aos princípios, a doutrina contemporânea passou a atribuir relevante papel normativo às normas principiais em razão de sua multifuncionalidade para a ordem jurídica.

3.1. Das funções principiológicas

A funcionalidade dos princípios jurídicos, como normas que são, refere-se a sua aplicação na resolução de problemas concretos. Nesse sentido, ensina Noberto BOBBIO (1999, p. 159): “a função para a qual são abstraídos e empregados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, função de regular um caso”.

Os princípios jurídicos cumprem três funções clássicas, segundo a doutrina constitucional: fundamentadora, interpretativa e supletiva (BONAVIDES, 1994, p. 255).

A função fundamentadora consiste na capacidade de servir de base ao ordenamento jurídico, em razão de representarem os valores supremos da sociedade. Assim, Daniel SARMENTO (2000, p. 34) ensina:

“em primeiro lugar, em razão da sua acentuada carga axiológica e proximidade do conceito de justiça, os princípios constitucionais assumem a função de fundamento de legitimidade da ordem jurídico-positiva, porque corporificam, nas palavras de Paulo Bonavides, os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional”.

Essa função atribui, ainda, aos princípios uma eficácia derogatória e diretiva, significando que “as normas que se contraponham aos núcleos de irradiação normativa assentados nos princípios constitucionais perderão sua validade (no caso da eficácia diretiva) e/ou sua vigência (na hipótese de eficácia derogatória), em face de contraste normativo com normas de estalão constitucional”²³ (ESPÍNDOLA, 1999, p. 67).

Assim, por essa função, os princípios jurídicos tanto fundam a ordem jurídica como excluem dela toda norma que lhes seja contrária.

Pela função interpretativa, os princípios servem de orientação ao operador jurídico na interpretação das normas, para adequá-las aos valores fundamentais. Nesse sentido Daniel SARMENTO (2000, p. 54)²⁴: “(...) os princípios constitucionais desempenham também um papel hermenêutico constitucional, configurando-se como genuínos vetores exegéticos para a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais. Neste sentido, os princípios constitucionais representam o fio-condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrangidos”.

Vale salientar que essa função não se confunde com a existência dos princípios interpretativos, que são aqueles que servem à hermenêutica jurídica e não atuam como normas jurídicas, mas apenas como critérios exegéticos.

A função supletiva incumbe aos princípios a tarefa de integrar a ordem jurídica

quando constatada a inexistência de norma jurídica regulando o caso em apreciação. No que tange a essa função, Daniel SARMENTO (2000, p. 55) assim expõe: “os princípios constitucionais apresentam, ainda, uma função supletiva, regulando imediatamente o comportamento dos seus destinatários, diante da inexistência de regras constitucionais específicas sobre determinadas matérias”.

Nesse sentido, CANOTILHO (1993, p. 167) ensina que os princípios podem “revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, normas que possibilitam aos juristas, sobre tudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito”.

Não obstante essas sejam as funções clássicas dos princípios jurídicos, a doutrina tem apresentado mais algumas outras, sendo as mais relevantes: a função argumentativa e a função prospectiva.

A função argumentativa refere-se à condição de razões *prima facie* dos princípios, qual seja: “(...) ordenam que algo deve ser realizado na maior medida do possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fácticas” (ALEXY, 1993, p. 99). Assim, não possuem respostas definitivas, mas mandamentos de natureza argumentativa, já que podem ser afastados por razões opostas mais relevantes envolvidas no caso concreto.

Sobre essa função, Daniel SARMENTO (2000, p. 55) preleciona: “(...) em razão da dimensão de peso que os caracteriza, os princípios não contêm respostas definitivas para as questões jurídicas sobre as quais incidem, mas apenas mandamentos *prima facie*, que podem, eventualmente, ceder em razão da ponderação com outros princípios. Por isso, diz-se que os princípios constitucionais apresentam-se como argumentos, ou ponto de vista (*topoi*), que têm de ser considerados no equacionamento dos *hard cases* do direito constitucional”.

A outra função mencionada – prospectiva – é de especial relevância, pois tem a finalidade de impedir o retrocesso social.

Jorge MIRANDA (1988, p. 200) aponta essa finalidade desempenhada pelos princípios: “exercem, finalmente, uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da força expansiva que possuem (e de que se acham desprovidos os preceitos, desde logo por causa das suas amarras verbais). Daí, o peso que revestem na interpretação evolutiva; daí, a exigência que contêm ou o convite que sugerem para adopção de novas formulações ou de novas normas que com eles melhor se coadunem e que, portanto, mais se aproximem da idéia de Direito inspiradora da Constituição (sobretudo, quando se trate de Constituição programática)”.

Essa função atribui aos princípios uma eficácia impeditiva de retrocesso, no sentido de evitar que as normas jurídicas sejam substituídas por outras política e socialmente retrógradas.

As funções permitem aos princípios assegurar a unidade da ordem jurídica, permitindo a integração e harmonia, bem como a atualização permanente do sistema jurídico positivo.

3.2. *Da normatividade concreta*

Em face de sua natureza normativa, os princípios são encarregados da mesma função das demais normas jurídicas, qual seja: regular e resolver casos concretos.

Essa aplicação principial configura sua normatividade concreta, que consiste na transformação de uma norma generalíssima e abstrata – com normatividade mediata – em uma norma concreta de decisão – com normatividade concreta – por meio de procedimentos legislativos, judiciais e administrativos²⁵.

A normatividade concreta é o efeito do processo de densificação e concretização da norma principial, no qual se preenche – densifica-se – a norma para se alcançar a norma de decisão – a concretização – aplicável ao caso concreto²⁶.

No que tange à densificação de norma principial, CANOTILHO (1993, p. 203) preconiza que:

“Densificar uma norma significa preencher, completar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos.

“As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível sua concretização e a conseqüente aplicação a um caso concreto”.

Em razão de seu alto grau de generalidade, os princípios necessitam ser densificados por outras normas jurídicas para que possam ser aplicados na solução de casos concretos. Quanto mais densa for a norma maior será sua eficácia normativa.

A concretização, por seu turno, é o processo composto pelas várias fases de densificação da norma até encontrar-se a norma decisão aplicável ao problema concreto. Nesse sentido, CANOTILHO²⁷ (1993, p. 202) expõe: “A concretização das normas constitucionais [princípios e regras] implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermediário, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais, teremos o resultado final da concretização. (...) A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica”.

Assim, o processo de concretização parte da norma genérica – com normatividade mediata – para chegar a uma norma de decisão – com normatividade concreta – aplicável na solução do problema concreto.

A transformação normativa acima apontada realiza-se pelo “procedimento metódico de concretização”, no qual há a passagem de normas abstratas para normas decisórias (concretas).

O procedimento metódico de concretização consiste no conjunto de modos (legislativos, judiciais e executivos) de densificação dos princípios jurídicos, para que os operadores da lei possam aplicar a norma principal na solução de casos concretos.

Esse procedimento de concretização realiza-se em três níveis, a saber: nível primário de concretização, nível político-legislativo e nível executivo e jurisdicional. Vejamos abaixo o conteúdo desses níveis segundo lição de CANOTILHO (1993, p. 224) e Ruy ESPÍNDOLA (1999, p. 237-239):

1. *Nível primário de concretização*, no qual os princípios constitucionais gerais, os princípios constitucionais especiais e as regras constitucionais desedificam os princípios constitucionais estruturantes, numa relação escalonada de concretização material da constituição²⁸.

2. *Nível político-legislativo*, no qual os órgãos legiferantes, a partir do texto da norma constitucional, concretizam, por meio de decisões políticas com densidade – os atos legislativos –, os preceitos da constituição.

3. *Nível executivo e jurisdicional*, no qual os sujeitos concretizantes (administrador público e/ou juiz), com base no texto da norma constitucional e das subseqüentes concretizações desta no nível legislativo (leis, estatutos, regimentos etc.), desenvolvem seus trabalhos de concretização, de forma a obter normas de decisão, solucionadoras de problemas concretos, colocados diante de seus juízos decisórios.

Ainda sobre o processo metódico de concretização, é lapidar a lição de CANOTILHO (1993, p. 11): “A densificação dos princípios constitucionais não resulta apenas da sua articulação com outros princípios ou normas constitucionais de maior densidade de concretização. Longe disso: o processo de concretização constitucional assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador (concretização legislativa) e pelos órgãos de aplicação do direito designada-

mente os tribunais (concretização judicial) a problemas concretos”.

Dos argumentos acima, exsurtem três modalidades de concretização – ou normatividade concreta –, a saber: concretização legislativa, concretização judicial e concretização administrativa, já que tanto o Legislativo como o Judiciário ou Executivo poderão densificar/concretizar a norma principal para aplicá-la a casos concretos.

Nessa linha de raciocínio é a lição de CANOTILHO (1993, p. 223):

“Uma norma jurídica [*in casu*, os princípios jurídicos] adquire verdadeira normatividade quando com a ‘medida de ordenação’ nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através de sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante:

1. a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar etc.);
2. através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial);
3. através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa).

“Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade actual e imediata através da sua ‘passagem’ a norma de decisão que regula a concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa”.

Sobre essas modalidades de concretização, oportuna é a observação de Néviton GUEDES (apud ESPÍNDOLA, 1999, p. 235): “Em qualquer dos casos (...), assegura Canotilho, a norma jurídica (muitas vezes aberta e indeterminada, como costumam ser as normas constitucionais), que era apenas potencialmente normativa, só auferirá uma normatividade actual e imediata através da norma de decisão veiculada pela atividade do legislador (ato legislativo), dos tribunais (sentença), ou do administrador (ato administrativo). É essa norma de decisão que irá,

como ápice do processo de densificação, regular de forma concreta e vinculativa a situação ou o caso necessitado de solução normativa”.

A normatividade concreta dos princípios jurídicos, portanto, é o resultado do processo de concretização, no qual se busca a norma de decisão aplicável ao problema concreto. Assim, em razão da atividade do sujeito concretizante (legislador, juiz e/ou administrador público), poderá ser classificada em uma das modalidades acima apresentadas.

4. Conclusões

I – Princípios como normas jurídicas

Os princípios jurídicos são mandamentos nucleares e fundamentais de um sistema normativo que irradia comandos que vão influenciar a composição e aplicação de outras normas jurídicas, objetivando, assim, estabelecer a lógica e racionalidade do ordenamento jurídico.

No que tange à natureza jurídica dos princípios jurídicos, não obstante a grande polêmica sobre esse ponto, firmou-se o entendimento de que são espécies de normas jurídicas, uma vez que, segundo a corrente pós-positivista, são o fundamento do sistema constitucional e possuem caráter normativo e vinculante na resolução de problemas concretos.

Ainda conforme o entendimento acima, os princípios jurídicos são normas jurídicas hierarquicamente superiores às regras jurídicas, as quais não podem contrariá-los sob pena de porem em risco a lógica e racionalidade do sistema normativo.

Os princípios jurídicos também possuem a mesma estrutura interna exigida às normas jurídicas em geral, pois, a exemplo das demais normas, uma vez realizado seu suporte fático (*Tatbestand*, hipótese, injunção ou *facti species*), a estatuição (*Rechtsfolge*, injunção) impõe o dever-ser para o caso concreto. Não obstante apresentem enunciados

de forma descritiva, podem ter sua natureza normativa inferida, ao serem reenunciados pela fórmula de linguagem lógica apresentada por Lourival VILANOVA (1977, p. 51): “Se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou omitir conduta C ante outro sujeito S”.

Em razão de serem o núcleo do ordenamento jurídico, os princípios jurídicos localizam-se no ponto mais alto da escala normativa, de onde exercem a função de *norma normarum*, de fonte das fontes, conferindo, assim, harmonia e racionalidade ao sistema jurídico.

II – Da identificação dos princípios jurídicos

Vários são os critérios de identificação dos princípios jurídicos, sendo o mais empregado o realizado com base no processo lógico de progressiva generalização. Contudo, entendemos que os melhores critérios de identificação são os formulados por Ronald DWORKIN (1989) e Robert ALEXI (1993), que se baseiam nos postulados de dimensão de peso e de colisão de princípios.

Os princípios distinguem-se da outra espécie de norma jurídica, as regras jurídicas, em razão de sua dimensão de peso, ou seja, no caso concreto será aplicado aquele que tiver maior peso ou importância em relação aos interesses envolvidos. Por outro lado, as regras jurídicas são reconhecidas pela sua aplicação sob a forma de “tudo ou nada” (*all or nothing*), ou seja, num caso concreto, a regra é válida e se aplica de modo absoluto ou será inválida, sendo excluída do ordenamento jurídico.

A identificação dos princípios jurídicos realiza-se com maior nitidez, segundo Robert Alexy, por meio da colisão de princípios, que emprega o postulado da dimensão de peso para identificá-los.

A colisão dá-se quando dois princípios apresentam soluções conflitantes para um caso concreto. A solução da colisão (e do caso concreto em questão) será alcançada pela ponderação dos interesses opostos en-

volvidos. Nessas circunstâncias, o princípio de maior peso (que tutela o interesse mais relevante) terá precedência sobre o outro princípio de menor peso, que será afastado da solução do problema concreto; contudo, não significa que este foi excluído da ordem normativa. A relação de precedência é representada pela fórmula (P1PP2)C, onde P1 e P2 são os princípios contrapostos; P, o símbolo da precedência e C, as condições fáticas e jurídicas dadas. Por outro lado, no conflito entre duas regras jurídicas, uma das duas será inválida por ab-rogação ou derrogação.

Em razão do texto lingüístico não exaurir o Direito, entende-se que no ordenamento jurídico existem normas que não estão escritas, que se denominam princípios implícitos. São aqueles que, embora não estejam enunciados em texto escrito, podem ser encontrados no interior do ordenamento jurídico pelo processo de interpretação e concretização das demais normas constitucionais expressas, mormente pela atividade jurisprudencial. A Constituição Federal reconhece expressamente a existência desses princípios não-expressos no seu art. 5º, § 2º, dispositivo conhecido como cláusula de reserva.

III – Da aplicação dos princípios jurídicos

Os princípios jurídicos exercem várias funções na ordem jurídica, sendo as clássicas: função fundamentadora, interpretativa e supletiva. A primeira refere-se à função de *norma normarum*, fonte das fontes, dos princípios jurídicos. A segunda indica que servem de diretrizes para a composição, interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral. A terceira possibilita aos princípios jurídicos integrarem as lacunas da ordem jurídica quando inexistente norma expressa.

A normatividade concreta dos princípios jurídicos consiste em sua aplicação na solução de casos concretos, que é alcançada ao se transformar uma norma generalíssima e abstrata em uma norma de decisão – com normatividade concreta – com a con-

cretização legislativa, judicial e administrativa.

A concretização legislativa ocorre pela elaboração de atos legislativos (leis complementares, ordinárias etc); a judicial dá-se pelas decisões judiciais (sentenças e acórdãos); a administrativa, pela prática de atos administrativos.

Notas

¹ Manoel Messias PEIXINHO (2000, p. 101-102) informa que Aristóteles precisou vários significados para o termo princípio, a saber: ponto de partida do movimento de uma coisa; a melhor partida; o elemento primeiro e imanente da geração, aquilo do qual parte um processo de conhecimento (premissas) etc; nesse ponto, o autor citado ainda apresenta os vários significados do termo na Filosofia. Sobre o significado de princípio para o Direito vide: ESPÍNDOLA (1999, p. 51) em que o autor apresenta onze acepções diferentes para o termo.

² Em uma acepção mais filosófica, Miguel REALE (1991, p. 59) assim conceitua: “(...) Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundamentos da validade de um sistema particular de conhecimento com seus pressupostos necessários”.

³ Sobre a acepção de princípio vinculado à idéia de norma na jurisprudência e doutrina vide: BONAVIDES (1994, p. 230-231).

⁴ Este autor explica bem a primeira fase (jussnaturalista) nas p. 232-235; a segunda (positivista), nas p. 235-237 e a terceira (pós-positivista), nas p. 237-238. A primeira fase, de concepção abstrata e metafísica, é assim exposta na p. 234: “concebe os princípios gerais de Direito, segundo assinala Fórez-Valdez, em forma de ‘axiomas jurídicos’ ou normas estabelecidas pela razão. São, assim, normas universais de bem obrar. São os princípios de justiça, construtivos de um Direito ideal. São, em definitivo, ‘um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana’”. Na segunda fase, os princípios entram nos códigos como fonte normativa subsidiária da inteireza dos textos legais. São encarados como “válvulas de segurança” que “garantem o reinado absoluto da lei”. São deduzidos das leis e servem apenas como fontes subsidiárias para completar lacunas legais.

⁵ Para BONAVIDES (p. 265), a teoria principiológica chega à fase do Pós-positivismo com os seguintes resultados: “a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o campo da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma; e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios”.

⁶ No sentido de aplicarem-se os princípios para solução de casos concretos, Carlos Ari SUNDFELD (2000, p. 145) assim ensina: “(...) os princípios jurídicos são verdadeiras normas jurídicas; logo, devem ser tomadas em consideração para a solução de problemas jurídicos concretos”.

⁷ Nesse sentido, Carlos SUNDFELD (2000, p. 146) expõe: “o princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determinam o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento”.

⁸ Nesse sentido, BONAVIDES (1994, p. 237); ROTHENBURG (1999, p. 15). Sobre a positivação constitucional dos princípios gerais do Direito vide: Eros GRAU (1997, p. 77-82). Em sentido contrário ao entendimento supra vide: ROCHA (1994, p. 28); PEIXINHO (2000, p. 111). Em relação à migração dos princípios gerais do Direito, que antes integravam apenas os códigos de direito privado, para as Constituições vide: SALDANHA (1964-1965, p. 181-188).

⁹ Sobre norma jurídica vide: GODOY (2000, p. 61-124).

¹⁰ Celso Antônio Bandeira de MELO, citado por Carlos SUNDFELD (2000, p. 123), assim expõe: “as normas, no seu conjunto, pressupõem três elementos: hipótese, mandamento e sanção. A hipótese, que é a previsão abstrata de uma situação ou de um comportamento; o mandamento, que é o comando, o ditame de caráter obrigatório; e a sanção, que é a consequência jurídica desfavorável, imposta a alguém, pela violação do fundamento. Esta é a estrutura das normas jurídicas”.

¹¹ Nesse ponto, o autor informa que não leva em conta a distinção kelseniana entre norma jurídica e

proposição jurídica, argumentando que as considera como expressões sinônimas.

¹² Em conclusão a esse entendimento, o mestre citado ensina: “(...) vertem-se nas peculiaridades de cada idioma e em estruturas gramaticais variadas. Geralmente, usam o indicativo-presente ou indicativo-futuro, modo verbal esse que oculta o verbo propriamente deontico. O dever-ser transparece no verbo ser acompanhado de adjetivo participial: ‘está obrigado’, ‘está facultado ou permitido’, ‘está proibido’ (sem falar em outros verbos como ‘poder’ no presente ou futuro do indicativo). (...)”.

¹³ Nesse sentido, Daniel SARMENTO (2000, p. 49): “(...) hoje o *habitat* natural dos princípios gerais de direito não é mais o código – expressão de uma fase do Direito que se findou –, mas a própria Constituição, que sintetiza os valores mais relevantes da ordem jurídica”.

¹⁴ ROCHA (1994, p. 23) ensina que: “os princípios constitucionais são, assim, o cerne da Constituição, onde reside a sua identidade, a sua alma. A ordem constitucional forma-se, informa-se e conforma-se pelos princípios adotados. (...)”.

¹⁵ ROCHA (1994, p. 24) assim também entende: “assim, são os princípios constitucionais, definidos como *ratio* e *telos* do ordenamento, que conferem unidade e harmonia ao sistema posto. Eles permitem que o sistema normativo fundamental supere-se, recrie-se, atualize-se (...)”.

¹⁶ Sobre a estrutura sistêmica das constituições vide: CANOTILHO (1993, p. 168-169).

¹⁷ Em sede de classificação de princípios, Jorge MIRANDA (apud PEIXINHO, 2000, p. 107) apresenta três categorias: a) princípios axiológicos fundamentais, que “correspondem aos limites transcendentais do poder constituinte, ponte de passagem do Direito Natural para o Direito Positivo”. São exemplos: irretroatividade da lei penal, direito à ampla defesa etc.; b) princípios político-constitucionais, que correspondem “aos limites imanentes do poder constituinte, aos limites específicos da revisão constitucional, próprios e impróprios, e aos princípios conexos ou derivados de uns e de outros, os quais reflectem, como o nome indica, as grandes marcas e direcções caracterizadoras de cada Constituição material diante das demais, ou seja, as grandes opções e princípios de cada regime”. São exemplos: o da separação do poderes, representatividade etc.; c) princípios constitucionais instrumentais, que dizem respeito “à estruturação do sistema constitucional, em termos de racionalidade e operacionalidade”. Exemplos: princípio da proporcionalidade, publicidade dos atos etc.

¹⁸ Essa distinção de normas jurídicas – princípios e regras – é corrente majoritária na doutrina. Nesse sentido, Willis Santiago GUERRA FILHO (1999, p. 51-55) distingue essas espécies de nor-

mas com base no critério de abstração. Na jurisprudência, essa distinção de normas foi acolhida pelo STJ, que assim entendeu: “A Lei nº 9.099/95, resultante do disposto no artigo 98 da Constituição da República, não é mero procedimento processual penal. É sistema; como tal, conjunto de princípios e normas (a melhor expressão a ser usada aqui seria regras, visto que normas é gênero do qual são espécies os princípios e as regras). Não obstante guardar harmonia com o Código de Processo Penal”. (STJ, Resp 138715/SP, 6ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU: 13/10/1998).

¹⁹ No que tange à identificação dos princípios jurídicos, Ivo DANTAS (1995, p. 59) assim ensina: “o princípio pode, segundo boa parte da Doutrina, ser identificado a partir de dois processos: 1) através de pressupostos filosóficos, como por exemplo, do Direito Natural; 2) pela via lógica de um processo de abstração, de progressiva generalização (...). Em ambas as hipóteses, concluímos pela viabilidade de ser dedutível(...)”. A doutrina dominante aceita apenas o segundo procedimento, uma vez que não admite buscar os princípios numa ordem suprapositiva. Nessa linha de raciocínio, Miguel REALE (1991, p. 59) impõe a premissa de que é mister entender o que é *Juízo* por meio da Lógica para se compreender o que seja princípio; pois sendo Juízo “a ligação de um predicado a algo, como o reconhecimento concomitante de que tal atributividade é necessária, implicando sempre uma ‘pretensão de verdade’”. O Juízo, portanto, é a molécula do conhecimento. Não podemos conhecer sem formular juízos, assim como também não podemos transmitir conhecimento sem formular juízos”. Completando seus argumentos sobre como realizar o procedimento lógico para atingir-se juízos que não mais possam ser reduzidos a outros mais básicos, REALE acrescenta: “quando o nosso pensamento opera essa redução certificadora, até atingir juízos que não possam ser reduzidos a outros, dizemos que atingimos princípios”. Noberto BOBBIO (1999, p. 158) também emprega o processo de abstração na identificação dos princípios: “(...) se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. (...)”.

²⁰ Na doutrina, são encontrados alguns critérios que podem ser classificados como tradicionais, a saber: a) grau de abstração; b) grau de determinabilidade na aplicação a caso concreto; c) caráter de fundamentalidade; d) proximidade da idéia de Direito; e) natureza normogênica dos princípios. Para saber mais sobre esses critérios, vide: CANOTILHO (1993, p. 166-167); ALEXY (1993,

p. 82); ESPÍNDOLA (1999, p. 65); PEIXINHO (2000, p. 107); SAMENTO (2000, p. 42).

²¹ Nesse sentido, Raquel Fernandes PERRINI (1996, p. 131) assim observa: “o direito não é só o conteúdo imediato das disposições expressas; mas também o conteúdo virtual de normas não expressas, porém insitas no sistema”.

²² Carlos SUNDFELD (2000, p. 149) assim comenta esse entendimento: “fundamental notar que todos os princípios jurídicos, inclusive os implícitos, têm sede direta no ordenamento jurídico. Não cabe ao jurista inventar os ‘seus princípios’, isto é, aqueles que gostaria de ver consagrados; o que faz, em relação aos princípios jurídicos implícitos, é sacá-los do ordenamento, não inseri-los nele”.

²³ A respeito da questão, o egrégio STJ assim decidiu: “(...) O princípio não pode, por imperativo de justiça (*ultima ratio* do direito), ser disposto contrariamente pela lei”. (STJ, AGA nº 100787/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 07/04/1997).

²⁴ Sobre essa função, é importante a lição de Edilson Pereira FARIAS (1996, p. 41-42): “(...) os princípios são úteis em primeiro lugar para dirimir dúvidas interpretativas ao ajudar a esclarecer o sentido de determinada disposição de norma (...), contudo a singularidade dos princípios no campo da interpretação é que eles servem de guia para a sua própria aplicação. Isso acontece porque os próprios princípios carecem de interpretação, e o agente jurídico terá que primeiramente interpretar os princípios retores de sua interpretação. Os princípios cumprem ainda a função de limitação da interpretação ao restringir a discricionariedade judicial. A referência obrigatória aos mesmos nos casos difíceis e duvidosos torna o processo de interpretação-aplicação do direito mais controlável e racional, porquanto evita que o operador jurídico invoque valores subjetivos não amparados de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico...”. Vide também: SUNDFELD (2000, p. 148).

²⁵ Sobre esse ponto vide: CANOTILHO (1993, p. 216-225); ESPÍNDOLA (1999, p. 232-242).

²⁶ J. J. CANOTILHO (1993, p. 204) ensina que: “(...) a normatividade não é uma qualidade da norma; é o efeito do procedimento metódico de concretização”. Cumpre salientarmos que utilizaremos apenas a acepção canotilhiana de concretização das normas constitucionais. Todavia, a doutrina pátria ensina que a concretização normativa se dá em três planos, a saber: a) Plano sintático, no qual a norma jurídica para se concretizar deve possuir a estrutura lógica completa: hipótese, mandamento e sanção; b) Plano semântico, em que é exigida a consonância entre os valores albergados pela norma e os interesses sociais, sendo essencial haver sintonia entre o dever-ser (plano normativo) e o ser (plano da realidade); c) Plano pragmático, em que deve haver

o respeito ao ordenamento jurídico e aplicação dos princípios retores da ordem constitucional. Nessa linha de raciocínio, é oportuna a síntese de Marcos André Couto SANTOS (2000, p. 7): “Pode-se, enfim, afirmar que uma norma ordinária ou constitucional se concretiza quando: tem seus elementos completos ou integrados sistematicamente em sua estrutura lógica (eficácia jurídica); os valores plasmados na norma correspondem ao plexo axiológico médio da comunidade (eficácia jurídico-social); há um empenho e esforço natural de governantes e governados no cumprimento das leis e preceitos normativos (eficácia social)”. Sobre esse tema, vide ainda Maria Helena DINIZ (1992).

²⁷ Segundo J. J. Canotilho (1993, p. 224.), o termo norma de decisão significa “medida de ordenação imediata e concretamente aplicável a um problema (...)”.

²⁸ Nesse ponto, Ruy ESPÍNDOLA (1999, p. 239) expõe o seguinte: “essa densificação não se dá somente de cima para baixo, ou seja, das normas mais abertas para as normas mais densas. Existe, sim, entre as normas constitucionais de diferentes graus de densidade e abertura um ‘processo binívoco de esclarecimento recíproco’, onde as normas constitucionais, quando individuadas para efeitos de um processo concretizador ‘primário’, se esclarecem mutuamente, de forma interpretativa e realizadora”.

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. Princípios constitucionais brasileiros: ou de como o papel aceita tudo. *Revista Jurídica Themis*, Curitiba, n. 7, p. 17-39, out. 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1989.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999.
- FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de direito: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.
- GODOY, Maria Luiza Bueno de. Norma jurídica: norma jurídica constitucional. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de teoria geral do direito*. Curitiba: Juruá, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95*. São Paulo: RT, 1997.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 2.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual da monografia jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 17, p. 113-169, out./dez. 1996.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1999.
- SALDANHA, Nelson. Direito constitucional comporta “princípios gerais”. *Revista Acadêmica da UFPE*, Recife, n. 62, p. 181-188, 1964-1965.
- SANTOS, Marcos André Couto. A efetividade das normas constitucionais: as normas programáticas e a crise constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 147, p. 5 – 14, jul./set. 2000.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. III.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: RT, 1977.

A participação popular na administração pública

Audiências públicas na elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos dos municípios

Gilberto Nardi Fonseca

Sumário

Apresentação. 1. Do Estado. 1.1. A origem do Estado 1.2. O Estado moderno. 1.3. Estado democrático de direito. 2. Do direito de participação. 2.1. Conceito de participação popular na administração pública. 2.2. A participação popular como princípio constitucional. 2.3. A democracia participativa. 2.4. Previsões constitucionais de participação popular. 2.5. A participação popular e a gestão democrática dos municípios. 3. Audiência pública. 3.1. Conceito. 3.2. A audiência pública como instrumento de participação popular. 3.3. As audiências públicas previstas no art. 48, parágrafo único, da lei complementar 101/00 e no art. 44 da lei 10.257/01. 4. Conclusões.

Apresentação

Duas leis recentes – Responsabilidade Fiscal e Estatuto da Cidade – trouxeram uma novidade para os entes federados, notadamente para os municípios: a necessidade de realizarem audiências e consultas públicas para a elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A novidade fica por conta da positivação de uma das modalidades de participação do cidadão na vida administrativa das cidades, porque, como tentaremos demonstrar a seguir, a participação popular na administração pública é direito constitucional dos brasileiros.

Essa nova realidade que começa a ser desenhada poderá transformar-se em im-

Gilberto Nardi Fonseca é advogado no Estado do Paraná, especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar de Curitiba, consultor de municípios e professor da FAEL – Faculdade Educacional da Lapa.

portante instrumento de controle da atividade administrativa, contribuindo para a conquista de administrações voltadas exclusivamente para o atendimento do interesse público.

Para melhor compreensão da importância desses mecanismos de participação popular, achamos necessário um estudo, mesmo que superficial, da questão do Estado propriamente dito, especialmente dos princípios constitucionais do estado de direito democrático, da soberania popular e da participação popular.

Fizemos também algumas referências sobre democracia participativa, previsões constitucionais de participação popular e especialmente a democratização dos processos de elaboração e discussão do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e do Orçamento Anual, que consideramos poderosos instrumentos de controle e fiscalização das administrações municipais.

Essa forma moderna e democrática de administrar os municípios, em que a população compartilha com os agentes políticos a gestão da coisa pública, poderá garantir comunidades cada vez mais solidárias e participativas, com governos comprometidos com a moralidade administrativa e com o bem-estar geral da população, o que, aliás, seria tão-somente o mínimo a se esperar do poder público, não fôssemos aprendizes de democratas e de cidadãos.

Somos conscientes das limitações do presente trabalho, mas esperamos tão-somente contribuir para o debate sobre a participação popular na Administração Pública, porque a consideramos requisito essencial de qualquer governo que se pretenda minimamente democrático, transparente e eficiente.

1. Do Estado

1.1. A origem do Estado

A questão da origem do Estado é controversa. Várias são as teorias que tentam explicar o seu surgimento.

Não pretendemos aqui estabelecer se a origem do Estado, especialmente com esse nome, sempre existiu ou se é um acontecimento histórico próprio da evolução da espécie humana, ou, ainda, se surgiu a partir de um determinado grau de desenvolvimento econômico, ligado à divisão da sociedade em classes.

De todo modo, não seria possível falarmos dos princípios constitucionais do Estado Democrático, do Estado de Direito e da Participação Popular, sem antes fazermos uma pequena retrospectiva acerca do surgimento do Estado, ou pelo menos do termo Estado, e das funções que hoje reconhecemos nele, apesar de os neoliberais pretenderem a sua quase completa extinção.

Ao nos apresentar o conceito clássico de Estado, em que estão presentes seus três elementos constitutivos, poder político, povo e território, De Plácido e SILVA (1998, p. 321) afirma que “Estado, no sentido do Direito Público, segundo conceito dado pelos juristas, é o agrupamento de indivíduos, estabelecidos ou fixados em um território determinado e submetidos à autoridade de um poder público soberano, que lhes dá autoridade orgânica. É a expressão jurídica mais perfeita da sociedade, mostrando-se também a organização política de uma nação, ou de um povo” [grifamos].

Para alguns historiadores, que se aliam à mais antiga e comum interpretação do nascimento do Estado, a sua origem marca o início da era moderna, representando “o ponto de passagem da idade primitiva, gradativamente diferenciada em selvagem e bárbara, à idade civil, onde ‘civil’ está ao mesmo tempo para cidadão e civilizado” (BOBBIO, 1999, p. 73).

De todo modo, a complexidade desse tema é deveras instigadora, vejamos por exemplo os morros do Rio de Janeiro, onde há território, população e poder local (os três elementos constitutivos), dominados por traficantes, onde imperam leis e moeda próprias, e a imprensa e até órgãos oficiais necessitam de autorização dos chefes do tráfico.

co para poderem ali adentrar (autorização e segurança necessárias para a gravação do clipe do Michael Jackson e para os oficiais de justiça darem cumprimento a mandados judiciais). São, na verdade, Estados dentro do Estado Brasileiro.

1.2. O Estado moderno

Foi MAQUIAVEL (1997, p. 37) quem iniciou as reflexões sobre o Estado moderno e também o uso do termo, “todos os *Estados*, todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados” [grifamos].

O Estado moderno começou a nascer no século XV na França, Inglaterra e Espanha, considerando-se como Estado moderno aquele unitário e independente de outros poderes, seja das divindades, como eram os antigos Estados gregos e romanos, ou do senhor feudal, como eram os Estados medievais.

Mas foi no ano de 1531, com a rebelião da Inglaterra de Henrique VIII contra o poder do papa e a separação da igreja católica, que teve início a sua absoluta autonomia e soberania em relação a outras autoridades que não o seu chefe.

Contudo, sua consolidação só se inicia no final do século XVII, com a revolução da burguesia inglesa, que, movida pela necessidade de implantação do modo de produção capitalista e o estabelecimento da propriedade privada, aliada à limitação do poder monárquico estabelecida pelo “Bill of Rights” (declaração de direitos – 1689), implanta o parlamentarismo, que vai-lhe garantir o aparato jurídico necessário para a sua permanência no poder.

No entanto, a efetivação do Estado moderno com as características atuais só vem a ocorrer com a Revolução Francesa, que, unindo a burguesia, os trabalhadores urbanos e os camponeses, rompe com o velho regime despótico de favorecimento ao clero e à nobreza.

No dizer de Paulo BONAVIDES (1961, p. 5), “o primeiro Estado jurídico, guardião

das liberdades individuais, alcançou a sua experimentação histórica na Revolução Francesa”, exatamente porque foi com ela que nasceu o que conhecemos hoje por Estado Democrático de Direito.

Apesar de existirem várias correntes de pensamento tentando explicar a origem do Estado, achamos importante, para nos situarmos no grande debate mundial acerca do papel que ele deve desempenhar nos dias atuais, apresentar, mesmo que superficialmente, as duas mais importantes, ou pelo menos as duas mais debatidas:

1 – A marxista, que considera ser o Estado o resultado de um processo pelo qual a classe economicamente mais forte afirma o seu poder sobre toda a sociedade, estabelecendo esse poder inclusive juridicamente, como consequência da divisão da sociedade em classes.

Luciano GRUPPI (1980, p. 30), analisando a origem do Estado segundo Friedrich Engels, sustenta que ele escreveu sua teoria baseando-se em anotações de Marx, e que houve sociedades que prescindiram do Estado, que não tiveram nem idéia de Estado e poder Estatal:

“O Estado torna-se uma necessidade a partir de determinado grau de desenvolvimento econômico, que é necessariamente ligado à divisão da sociedade em classes. O Estado é justamente uma consequência dessa divisão, ele começa a nascer quando surgem as classes e, com elas, a luta de classe.

Tudo começa quando se diferencia a posição dos homens nas relações de produção. Por um lado temos os escravos, pelo outro, o proprietário de escravos; de uma parte o proprietário da terra, de outra, os que nela trabalham, subjugados pelo proprietário. Quando se produzem essas diferenciações nas relações de produção, determinando a formação de classes sociais e, por conseguinte, a luta de classes, surge a necessidade do Estado: a

classe que detém a propriedade dos principais meios de produção deve institucionalizar sua dominação política, com estruturas jurídicas, com tribunais, com forças repressivas, etc”.

2 - A liberal clássica, que defende o surgimento do Estado como sendo uma longa história de integrações e conquistas, organizando-se para a independência do território, tendo Miguel REALE (1973, p. 37, 39), ao discorrer sobre ela, sustentado que:

“Analisando a formação histórica do Estado, e especialmente do Estado Moderno, verificamos que ela é o resultado de um longo e complexo processo de integração e discriminação, no qual interfere uma série de fatores. Compreende-se, pois, o erro das teorias simplistas que tentam reduzir a multiplicidade dos fatores a um só, quer geográfico, quer étnico, quer militar, quer econômico, quer pessoal pela ação criadora dos ‘heróis’ ou ‘super-homens’...”

A história do Estado Moderno é, de maneira particular, uma história de integrações crescentes, de progressivas reduções à unidade. Verifica-se essa integração em múltiplos sentidos que a análise minuciosa a muito custo consegue individualizar. Surge, historicamente, pelo alargamento dos domínios das monarquias absolutas, através das guerras intermináveis, de atos felizes de diplomacia, de casamentos e laços de parentesco, de compras, cessões e trocas de territórios, de golpes de audácia de políticos e de frios cálculos de mercadores...”

Independentemente de como se considera ter o Estado surgido na vida das pessoas, o fato é que hoje há um debate global no sentido de se redefinir o seu papel, com importantes transformações naquilo que se poderia denominar ‘função precípua’, em que se opõem também, não por acaso, duas teorias: a neoliberal, defendendo o Estado Mínimo¹, em que o “mercado” regularia a si

próprio, bem como o coração, a mente e a alma do ser humano, e uma outra, que poderíamos chamá-la de “neo-social”², que defende uma presença expressiva do Estado na vida nacional, especialmente para tornar as relações humanas menos injustas, restabelecendo o princípio da igualdade e atuando para o desenvolvimento econômico e a preservação da espécie humana.

Em cronologia histórica, acompanhamos o pensamento de Paulo BONAVIDES (2001, p. 20), que considera esse novo modelo de Estado em gestação como sendo o Estado da democracia participativa, que, implantado, contribuirá para a libertação dos povos oprimidos pela ideologia neoliberal globalizante, assinalando que:

“Compreendem em linha de sucessão histórica e de coexistência, não raro controversa e hostil, o Estado liberal, o Estado socialista, o Estado social, e, de último, na contemporaneidade da globalização, dois outros modelos desse Estado, a saber, o Estado neoliberal e o Estado neo-social – um reacionário, outro progressista; um já bastantemente formulado, outro apenas esboçado; um positivado, outro teorizado; um no Primeiro Mundo, outro na periferia”.

A concepção de Estado e das suas funções que cada governante tenha é determinante da sua conduta político-administrativa, especialmente quanto ao efetivo incremento da participação popular, tendo o cidadão como co-gestor da coisa pública e não como um mero cliente. É também determinante da orientação que imprime aos investimentos públicos e a destinação que dá ao patrimônio público.

1.3. Estado democrático de direito

A consolidação do que conhecemos hoje por Estado democrático de direito não foi obra do acaso e nem da vontade de nenhum governante; foi na verdade o produto de uma história de lutas da humanidade para pôr fim aos Estados absolutos, garantindo

ao cidadão mecanismos de defesa contra os arbítrios do poder estatal.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu art. 1º, estabelece os princípios fundamentais que constituem o Estado Brasileiro, que é Democrático e de Direito, consagrando os seguintes fundamentos da República: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

O parágrafo único do citado artigo determina a forma de legitimação desse Estado, que é exclusivamente emanada do povo, por meio de representantes ou diretamente.

Aqui está um dos pilares do princípio da participação popular, pois, se a democracia direta não pode se sobrepor à representativa, esta também não pode prevalecer sobre aquela, portanto resta positivado o direito de participação como princípio fundamental da República.

Não resta dúvida de que se trata de uma constituição principiológica, em que a dignidade humana é fundamento do Estado, que é de Direito, portanto submetido ao controle da legalidade; que é Democrático, portanto aberto à participação dos seus cidadãos; e que se legitima exclusivamente por intermédio do povo, ou seja, consagra a idéia da *soberania popular*.

Há que se concluir, portanto, que o Estado brasileiro por definição constitucional garante aos seus cidadãos o direito de participação, podendo-se afirmar que ele é “um direito fundamental definido em normas constitucionais que decorrem diretamente do princípio do Estado de Direito e do princípio Democrático” (SCHIER, 2001, p. 21). Concretiza, assim, o Estado Democrático de Direito, e, dada a sua natureza, submete-se ao regime dos direitos fundamentais.

A própria Constituição é clara ao afirmar que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos *princípios* por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte³ [grifamos].

Por tudo isso, a Constituição Federal, ao afirmar no art. 1º *caput* que o Estado brasileiro adota o princípio do Estado Democrático de Direito, e no parágrafo único garantir a soberania popular como único meio de legitimação do poder, e ainda prever o seu exercício diretamente pelo povo, positivou entre os direitos e garantias fundamentais dos brasileiros o direito de o povo participar diretamente da administração pública.

2. Do direito de participação

2.1. Conceito de participação popular na administração pública

Não é tarefa das mais fáceis definir um conceito de o que seja participação popular na administração pública.

Todavia, neste trabalho, a participação popular deve ser entendida como aquela participação desinteressada do cidadão, tendo como objetivo único e exclusivo a melhoria das condições de vida da comunidade, ou seja, é o direito de participação política, de decidir junto, de compartilhar a administração, opinar sobre as prioridades e fiscalizar a aplicação dos recursos públicos.

Ao nos referirmos à participação desinteressada, estamos a falar do desinteresse individual, seja econômico, seja de qualquer outra espécie, pois evidente que sempre haverá um interesse em disputa, mas o que deverá motivar a participação popular será sempre o interesse do “bem comum”, independentemente das paixões ou divergências.

Seria mais ou menos a fórmula para se chegar ao que ROUSSEAU (2000, p. 48-54) classificou como “vontade geral”, que não se confunde com a vontade de todos, pois aquela só leva em consideração o interesse público e esta, o interesse privado. A “vontade geral” não é a soma dos interesses particulares, mas é sim o interesse comum, o desejo coletivo de acertar, de melhorar a vida da comunidade, enfim, participar da administração pública por meio da gestão com-

partilhada da função administrativa para a preservação do interesse público.

Por isso, não nos parece correto enquadrar, como participação popular na administração, toda e qualquer forma de colaboração do particular, tal como a prestação de serviços, seja como servidor, seja como concessionário, ou ainda as atividades compulsórias como o serviço militar ou a justiça eleitoral.

Trata-se da participação cidadã, no sentido de compartilhar as decisões políticas e administrativas; é o direito garantido pela Constituição que o cidadão tem de ser colhida a sua opinião; é o direito de participar da tomada de decisões, sem vínculo jurídico com o poder público.

O direito de participação popular na administração é uma conquista histórica da humanidade, e ele não precisa necessariamente estar normatizado para que se realize; o que o impulsiona na verdade é a tomada de consciência pela população de que o poder público é parte intrínseca da nossa vida e não apenas instrumento de criação e manutenção de privilégios para poucos.

Em resumo, a participação popular na administração pública não pode ser analisada sem que se dimensione o grau de desenvolvimento da democracia e da consciência de cidadania que cada indivíduo detenha, frutos de uma interminável caminhada em busca do bem comum, com justiça, igualdade e liberdade para todos.

Ela é antes de tudo uma questão política, pois depende do amadurecimento da consciência cidadã e da vinculação do governante com os ideais democráticos e com a transparência na gestão da coisa pública.

2.2. A participação popular como princípio constitucional

Assim como a consagração do Estado democrático de direito foi produto da luta da humanidade para derrotar o absolutismo e implantar um modelo liberal de governo, a nossa Constituição de 1988 também é produto de uma intensa mobilização popu-

lar contra o regime militar⁴, iniciado nos primeiros dias do golpe com a tentativa de resistência por alguns setores civis e militares, passando por mobilizações estudantis, resistência armada por parcela da esquerda, e, ao final, pela oposição dos mais amplos setores democráticos do país, que culminou com o movimento das “Diretas-já” em 1984.

Toda essa mobilização garantiu dois anos depois a eleição de um Congresso Nacional com poderes constituintes, que elaborou a “Constituição Cidadã”⁵, que no seu preâmbulo esclarece que a Assembléia Nacional Constituinte estivera reunida para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. E assim o fez, fundando uma comunidade republicana de Estados, Municípios e Distrito Federal, em que se encontra positivado o princípio constitucional da participação popular.

Há na constituição inúmeras previsões de participação popular na administração pública, as quais trataremos em item próprio, mas uma em especial nos parece ser o fio condutor da assunção da participação popular para a condição de princípio constitucional. É o contido no parágrafo único do art. 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente, nos termos desta constituição*” [grifamos].

Muito Bem. A forma de participação se dará nos termos que a constituição dispuser, e ela o faz em diversos dispositivos, mas o que nos interessa neste ponto não é como se dá essa participação, isso trataremos mais adiante; o que importa agora é concluirmos se a participação popular é princípio ou não.

Estamos seguros de que sim, e não nos parece questão que possa envolver grande esforço interpretativo, pois a Constituição anterior (EC 01/69), outorgada pelo regime militar, não consagrava nem o princípio do Estado de democrático de direito, nem muito menos, o da participação popular, pois mencionava apenas que éramos uma Repú-

blica representativa, e que o poder seria exercido em nome do povo⁶.

Apesar de não utilizar o termo “participação”, o parágrafo único do artigo 1º, da Constituição atual, fala em democracia representativa e democracia direta; portanto, a participação popular é própria do Estado democrático de direito ali estabelecido, é decorrência natural desse modelo de Estado que consagra ainda, implícita ou explicitamente, outras normas de participação popular em diversos setores da vida pública.

Não bastasse isso, a previsão está inserida no Título I, Dos Princípios Fundamentais, não deixando nenhuma dúvida sobre a pretensão do constituinte originário em alçar a participação popular na administração pública à condição de princípio constitucional.

2.3. *A democracia participativa*

O termo democracia participativa, bem como os conceitos formulados, é relativamente recente, pois foi cunhado no século XX, tendo surgido principalmente pelo desgaste da democracia representativa, que hoje é uma realidade não só no Brasil; basta vermos o exemplo da Argentina, com os agentes políticos praticamente sem poder sair às ruas, tamanha a distância existente entre as suas práticas e o sentimento nacional.

Evidente que, por se travar no campo do debate democrático, as suas raízes remontam necessariamente ao conceito de democracia direta clássica, praticada em Atenas entre os séculos VI e IV a.C., mas o debate entre os conceitos de democracia direta e democracia representativa sempre existiu e ainda não se pode dá-lo por concluído.

Não consideramos que seja correta uma identificação simplista entre democracia direta e democracia participativa, pois aquela só é praticada hoje em alguns cantões da Suíça, e mesmo assim com muitas diferenças daquela praticada na Grécia antiga, onde alguns cidadãos se reuniam em praça pública para discutir e deliberar sobre assuntos do Estado.

Mas quem era considerado cidadão apto a participar das assembléias na Grécia antiga?

Apenas os homens livres com mais de 20 anos, portanto uma minoria de não mais que 10% (dez por cento) da população.

É possível classificar isso hoje de democracia?

Pensamos que não. Mas, de qualquer forma, o modelo é que é o fundamental, a sua regulamentação por óbvio há que ser outra, consentânea com os tempos atuais.

A democracia participativa a que nos referimos é aquela decorrente do princípio da participação popular estabelecido na Constituição Federal, regulado em muitos dos seus dispositivos e na legislação infraconstitucional.

É perfeitamente possível a conjugação desses instrumentos de participação popular com a democracia representativa; é um falso dilema querer-se contrapor participação com representação, pois “a democracia participativa é um tipo de democracia representativa em que se conjuga a possibilidade de participação direta nas decisões, podendo haver gradações, na medida em que há modelos que possibilitam mais ou menos participação” (MELO, 2001, p. 30).

Essa democracia participativa será consolidada à medida que os cidadãos utilizarem todas as possibilidades participativas expressas no ordenamento jurídico, especialmente as regras constitucionais; mas, para que se conquiste esse grau de participação, muito ainda há que se caminhar no Brasil, especialmente a compreensão do papel da cidadania na vida democrática, que depende fundamentalmente de uma educação de qualidade.

Só por meio dessa participação é que a sociedade garantirá a materialidade do seu direito de ser ouvida pelos governantes, impondo-lhes o cumprimento do dever de prestar contas das suas gestões.

Esse é o caminho para a efetividade do princípio da participação popular.

2.4. Previsões constitucionais de participação popular

A Constituição Federal, ao possibilitar a participação do cidadão em diversos momentos da vida administrativa do Estado, mesmo mantendo o regime representativo, instituiu a democracia participativa como regra constitucional.

Ao afirmar que o povo “exerce diretamente o poder nos termos da constituição”, não está ela contrapondo o exercício representativo do poder com o exercício direto, mas sim entregando ao povo a possibilidade de se tornar membro efetivo do controle social da administração pública, tal qual explicita CARRION (1997, p. 83-84) ao afirmar que, “quando se fala em controle social da administração pública, procura-se sugerir a idéia de um controle ao mesmo tempo político e social. Não apenas um controle de legalidade, mas principalmente um controle de mérito, de eficácia, de conveniência e de oportunidade do ato administrativo”.

Ela traz inserto no seu art. 1º a garantia da participação popular como princípio constitucional e, em vários outros dispositivos, disciplina e regula essa participação. Vejamos:

No art. 5º (dos direitos e garantias fundamentais), o inciso XIV assegura a todos o acesso à informação; os incisos XXXIII e XXXIV garantem o direito de receber informações dos órgãos públicos e o direito de petição, materializando o princípio da publicidade; garantem também os incisos LV e LXIX o devido processo legal administrativo e o mandado de segurança contra ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública; o inciso LXXIII garante ainda o controle da conduta dos agentes públicos pelo cidadão por meio da Ação Popular, e, para completar, o § 2º do mesmo artigo afirma que, além dessas garantias, não se exclui nenhuma outra decorrente dos princípios adotados pela carta, ou dos tratados internacionais em que o país seja parte, abrindo-se portanto uma infinidade de oportunida-

des de participação popular na administração pública.

No art. 10, assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão.

No art. 14, assegura a idéia da soberania popular e o voto direto e secreto de igual valor para todos, prevendo ainda o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, instrumentos importantes da democracia participativa.

No âmbito municipal, o art. 29, XII, garante participação no planejamento e o art. 31, § 3º, garante a ampla fiscalização das contas.

Ao disciplinar os princípios que regem a administração pública, o Art. 37, § 3º, possibilita ainda a criação de outras formas de participação do usuário na administração pública.

Há também a possibilidade da participação popular no processo legislativo. Nas comissões internas, em audiências públicas previstas no art. 58, II e IV, para reclamações contra atos das autoridades, bem como a participação diretamente na produção de leis, por meio da iniciativa popular prevista no Art. 61, § 2º.

Possibilitando a atuação do cidadão como fiscalizador da conduta do administrador, prevê o Art. 74, § 2º, a possibilidade de denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas da União.

Prevê ainda a participação de cidadãos no Conselho da República, conforme disposto no Art. 89, VII, e a participação de entidades de representação de classe na escolha do quinto constitucional para integrantes dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Estaduais e do Distrito Federal, conforme disciplinado no Art. 94.

Disciplina também a participação popular na gestão da atividade de administrar, tais como: dos produtores e trabalhadores rurais no planejamento da política agrícola (Art. 187); dos trabalhadores, empregado-

res e aposentados nas iniciativas relacionadas à seguridade social (Art. 194, VII); da comunidade em relação às ações e serviços de saúde (198, III); da população por meio de organizações representativas nas questões relacionadas à Assistência Social (Art. 204, II); a gestão democrática do ensino público (206, VI); da colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural (Art. 216, § 1º); da coletividade na defesa e preservação do meio ambiente (Art. 225); de entidades não governamentais na proteção à assistência integral à saúde da criança e adolescente (Art. 227, § 1º) e das comunidades indígenas, inclusive nos lucros das atividades que aproveitem os recursos hídricos e minerais das suas terras (231, § 3º).

Apesar de usar do termo “administrado” – preferimos cidadão –, a professora Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2001, p. 506) consegue sintetizar magistralmente o objetivo das previsões de participação popular na condução da administração pública, ao afirmar que “todas estas possibilidades servem para demonstrar a presença do princípio da participação do administrado na Administração Pública, dentro de um objetivo maior de descentralizar as formas de sua atuação e de ampliar os instrumentos de controle”.

É de se notar, portanto, que o princípio da participação popular está constitucionalizado no nosso país, além do que, evidentemente, as inúmeras previsões na legislação infraconstitucional, ficando o Ministério Público como guardião destes direitos (Art. 129, II, da CF), devendo tomar todas as providências necessárias para a sua efetivação.

2.5. A participação popular e a gestão democrática dos municípios

Ao afirmarmos que não há como confundir-se democracia participativa com o conceito clássico de democracia direta, quer dizer que aquela deve ser operacionalizada por meio dos mecanismos de participação previstos na legislação, todos derivados do

princípio da participação popular garantido na Constituição, o que é próprio do Estado democrático. Isso não significa que o povo estará reunindo-se todos os dias e todas as horas para deliberar assuntos da administração pública, mas é dever do administrador abrir canais de participação do cidadão nos assuntos administrativos, transformando a previsão legal em realidade fática.

Alguns municípios adotam o que denominam “orçamento participativo”, “orçamento popular”, “administração comunitária”, ou qualquer outro nome, mas com o objetivo de democratizar o processo de elaboração das leis orçamentárias, o que significa um passo importante para a materialização da participação popular na administração pública, mas não é suficiente; é preciso ampliar ainda mais, para não se ficar adstrito a reivindicações economicistas; a população tem que participar como co-gestora da administração municipal, decidir junto com os agentes políticos os destinos da sua cidade.

É no município que o cidadão pode exercer plenamente a sua cidadania, pois os outros entes federados, a União e o Estado, são entidades abstratas para a população, estão muito distantes do seu dia-a-dia. É portanto, no seu local de moradia, que poderá iniciar-se um grande processo de transformação, por meio da participação nas decisões que lhe afetam diretamente e da fiscalização das ações administrativas dos governantes locais.

À medida que avança e se consolida o nível de participação popular, aumenta o grau de compreensão dos moradores acerca do funcionamento da máquina administrativa, elevando a sua consciência cidadã e o seu compromisso com as causas coletivas, aquelas de interesse de toda a comunidade e não apenas com as aspirações individuais ou de grupos.

É, pois, dever do bom administrador dar praticidade às garantias jurídicas de participação do cidadão na vida administrativa

do seu governo, pois, se o princípio da legalidade é dever do agente público, com muito mais razão a sua observância quando se trata do interesse público, e se este é indisponível, não está a decisão na esfera da discricionariedade do agente permitir ou não a participação, pois não se trata de uma faculdade, e sim de um dever.

A participação do cidadão na Administração do seu município é a materialização do princípio do Estado democrático de direito.

3. Audiência pública

3.1. Conceito

A democracia participativa brasileira, garantida pelo princípio da participação popular, prevê variadas formas de atuação do cidadão na condução política e administrativa do Estado.

Entre elas destacamos a audiência pública, prevista constitucionalmente no âmbito da participação legislativa e em diversas normas infraconstitucionais, notadamente nas recentes leis de Responsabilidade Fiscal e Estatuto da Cidade.

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2001, p. 204) conceitua o instituto como sendo:

“Um processo administrativo de participação aberto a indivíduos e grupos sociais determinados, visando o aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o poder público a decisões de maior aceitação consensual”.

Seria dessa forma um instrumento para o aperfeiçoamento da legitimidade, pois o cidadão estaria frequentemente opinando como gostaria de ser governado, e obtendo mais informações sobre a conduta adminis-

trativa do agente público, ensejando, como afirma Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA (1997, p. 277), “uma maior publicidade e transparência no que tange à condução dos assuntos que envolvem a coletividade, aplicação concreta do princípio da publicidade, insculpido no Art. 37, caput, da Lei Maior”, ao que acrescentaríamos, como sendo uma das formas de materialização do princípio da participação popular na administração pública.

Audiência pública é um processo de participação aberto à população, para que possa ser consultada sobre assunto de seu interesse e que, participando ativamente da condução dos assuntos públicos, venha a compartilhar da administração local com os agentes públicos.

Constitui-se em instrumento de legitimação das decisões, por meio de um processo democrático real, em que constantemente a comunidade se manifesta sobre a melhor forma de ser administrada e controla a ação dos governantes.

3.2. A audiência pública como instrumento de participação popular

Instituto de origem anglo-saxônica, esse importante instrumento de participação e controle popular da administração é relativamente recente no nosso ordenamento jurídico⁷.

Essa modalidade participativa possibilita ao cidadão a obtenção de informações e conhecimento das ações da administração, bem como a esta, a possibilidade de avaliar a conveniência e intensidade das suas ações, na medida que estará administrando de forma compartilhada. Ouvindo o cidadão, a possibilidade de errar diminui consideravelmente.

A audiência pública é uma forma de efetivação dos princípios do Estado democrático, do Estado de direito e da participação popular, colocada aqui como espécie do gênero participação popular; constitui-se em importante vertente de prática democrática, tomada em sua plena concepção doutrinária.

ria, que é a possibilidade de acesso e exercício do poder; é isto o que acontece quando o cidadão interage com a administração.

O alargamento da participação e a vinculação das decisões tomadas na audiência pública são questões abertas, que dependerão do grau de consciência política da comunidade envolvida e do comprometimento do agente político com o modelo de gestão democrática, pois não há nenhuma previsão legal que obrigue a sua vinculação.

Não é possível sustentar a vinculação do governante às decisões tomadas na audiência pública sem que haja previsão legal; sem ela, não há como falar-se em efeito vinculante, pois o administrador recebe comandos da sociedade por meio da lei e dos princípios gerais da administração pública, e não diretamente de assembleias populares, como na *ecclesia* da antiguidade clássica (cf. PEREIRA JUNIOR, 1995, p. 248), mas, mesmo assim, há o dever de o administrador ouvir a sociedade.

Todavia, é por evidente que, com a implantação desse mecanismo de participação popular na administração, os agentes políticos, se não legal, pelo menos moralmente passam a se sentir vinculados às decisões ali tomadas.

O que é certo é que há um direito subjetivo da população em ser ouvida⁸, e nesse ponto a audiência pública poderá transformar-se em eficaz instrumento de participação popular à disposição do cidadão.

A audiência pública se constitui em importante meio de obtenção de informações, que capacitam o cidadão para uma participação de resultados, seja por meio da legitimação dos atos compartilhados com a administração, seja por meio de uma constante negociação democrática, ou mesmo da sua invalidação por meio do controle jurisdicional, instrumentalizando o Ministério Público para o efetivo exercício da sua função de guardião dos direitos.

3.3. As audiências públicas previstas no art. 48, parágrafo único, da lei complementar 101/00 e no art. 44 da lei 10.257/01

Já em 1789 era reconhecido o direito da sociedade em receber prestação das contas dos agentes públicos, estando expressamente no art. XV da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que “a sociedade tem o direito de exigir contas a qualquer agente público da sua administração” (cf. ALTA-VILA, 1964, p. 218).

Essas duas recentes leis trazem previsão expressa para a realização de audiências públicas nos processos de elaboração e discussão dos Planos, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei do Orçamento Anual⁹, sendo que o Estatuto da Cidade é ainda mais claro, pois prevê a sua obrigatoriedade para aprovação dos projetos dessas leis pelo poder legislativo¹⁰.

Estamos aqui diante da aplicação prática no âmbito municipal do princípio constitucional da participação popular.

Pela lei complementar 101/00 – Art. 48, parágrafo único –, o poder executivo, além do dever de incentivar a participação popular, tem que ouvir a população no processo de elaboração daquelas leis ali especificadas, o que significa dizer que, antes do envio do projeto de lei para o legislativo, há necessidade de audiência pública para que a sociedade seja ouvida, porque a transparência e o controle popular na gestão fiscal é norma de caráter obrigatório.

Não estará o poder executivo juridicamente vinculado às decisões da audiência pública quando não haja previsão legal, mas o estará moralmente, se agir de boa-fé e tiver compromisso com uma gestão democrática e transparente no seu município. De todo modo, o poder executivo tem que debater com a comunidade a fixação das prioridades e a totalidade do orçamento, pois a sociedade tem o direito à transparência.

Assim também, depois de enviados os projetos de lei ao poder legislativo, novamente a sociedade tem que ser chamada a

participar, desta vez no âmbito deste poder, para debater com o parlamentar sobre como ele votará, se do modo decidido pela comunidade, ou conforme os seus interesses políticos e pessoais.

Na lei 10.257/01 – Art. 44 –, a exigência se repete, com a diferença de que a obrigatoriedade de ouvir a comunidade é expressa, transformando-se em condição de validade para a aprovação das referidas leis pela Câmara Municipal.

Não foi por mera formalidade que o legislador inseriu a realização de audiência pública no capítulo que trata da transparência na Lei de responsabilidade fiscal e no de gestão democrática da cidade, na lei 10.257/01, mas sim porque o controle da gestão fiscal está intimamente ligado ao tema da moralidade administrativa e da gestão democrática, pois é certo que, se os instrumentos de participação popular e controle da Administração se mostrassem mais efetivos, muito menor seriam os índices de corrupção e desvios (cf. MEDAUAR, 2001, p. 441).

Corrupção, aliás, é tema de presença constante no noticiário do nosso país, aparecendo escândalos de agentes públicos que fizeram (e ainda fazem) verdadeira pilhagem no dinheiro público.

Felizmente, com a destacada atuação de alguns membros do Ministério Público, está sendo possível desbaratar essas quadrilhas, o que possibilita a tomada de consciência pela população de que ela não está só, e que a participação popular é uma garantia do controle da moralidade administrativa. Aliás, a mais eficaz.

Cabe ressaltar que a moralidade administrativa não pode ser confundida com a moralidade comum, que é subjetiva, pois está ligada ao íntimo de cada indivíduo, seus valores e o contexto social no qual vive; aquela não, ela tem conteúdo jurídico, não está sujeita à discricionariedade do administrador, nem ao seu juízo de valor; a questão da moralidade administrativa situa-se na zona fronteira entre o direito e a moral, porque

ambos, o direito e a moral, são espécies do gênero ética (MANCUSO, 1998, p. 84).

4. Conclusões

Sendo o princípio da participação popular garantia constitucional, e a audiência pública instrumento dessa participação, a sua previsão legal – na Lei de Responsabilidade Fiscal e no Estatuto da Cidade – transforma-a em requisito de validade para o processo legislativo que tenha por objeto os Planos, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual.

E, nesse sentido, contribuição inestimável para a garantia da participação popular e do controle da moralidade administrativa por meio de audiências públicas poderá ser dada pelos Tribunais de Contas dos Estados, que são os órgãos auxiliares do poder legislativo na fiscalização e controle dos atos do poder executivo.

Essa contribuição deverá ser dada ao analisarem as contas anuais, tanto do poder executivo como do legislativo, especialmente a análise dos procedimentos de transparência. Devem esses Tribunais exigir a comprovação de que a sociedade teve a oportunidade de ser ouvida, que há no município um real incentivo à participação popular, como exige o Art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal, e que as audiências públicas previstas nessa lei e no Estatuto da Cidade foram efetivamente realizadas, como condição para a emissão de certidão negativa e aprovação das contas.

Devem os Tribunais de Contas exigir essa comprovação porque a participação popular é princípio constitucional e condição obrigatória nos processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos, nulificando o processo que não observar minimamente o dever de ouvir a sociedade.

O prefeito que não incentiva e não garante a participação popular na sua administração está praticando crime de responsabilidade definido no art. 1º, XIV, do De-

creto-Lei 201¹¹, pois está negando execução à lei, não só à lei, mas à própria Constituição, e incorrendo em crime de improbidade administrativa, previsto no art. 11 da lei 8429/92¹², pois está atentando contra os princípios da administração pública.

É, pois, a participação popular por meio de audiência pública na elaboração e discussão dos planos, leis de diretrizes orçamentárias e orçamento anual condição de validade para o processo legislativo orçamentário.

A não observância desse princípio constitucional vicia o processo de feitura da lei orçamentária, pois terá preterido formalidade essencial, padecendo de mal incurável, pois, se é certo que a participação popular é princípio constitucional, afrontá-lo enseja a invalidação de qualquer ato praticado sem a sua observância, pois conforme o ensinamento do eminente professor Celso Antonio Bandeira de MELLO (2001, p. 772):

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão da sua estrutura mestra”.

Ademais, levando-se em consideração que a população está absolutamente descrente do poder público, e não sem razão, a realização destas audiências públicas de forma transparente no Município poderá levar os cidadãos a compreenderem melhor o seu papel de agentes controladores da administração, estabelecendo com ela uma parceria produtiva.

Ao compartilhar com os agentes políticos a administração dos destinos do seu município, o cidadão criará o bom hábito

de participar, e o administrador, o de prestar contas e ouvir a sociedade, legitimando suas ações por meio da soberania popular.

Notas

¹ Consultar sobre o tema: SADER e GENTILI (2000).

² A propósito consultar BONAVIDES (2001, p. 7-65).

³ Art. 5º, § 2º da Constituição Federal.

⁴ Após a repressão militar ao movimento popular no final da década de 60, especialmente com a edição do AI. 5, que culminou com o fechamento do Congresso, cassação de parlamentares, tortura, morte e desaparecimento de líderes populares, a partir da segunda metade da década de 70, com a entrada em cena do movimento estudantil e do movimento operário do ABC paulista e a mobilização da campanha pela anistia, há um novo impulso no movimento popular brasileiro, que tem o seu auge na década seguinte, com a mobilização pela aprovação no Congresso Nacional da “Emenda Dante de Oliveira”, em 1984, que restabelecia eleição direta para Presidente da República. Apesar de não garantir a aprovação da emenda, pois o governo militar ainda detinha uma sólida base parlamentar, o movimento garantiu um amplo debate nacional, ficando claro para a população quem era quem no jogo político. Mesmo com eleição indireta, num colégio eleitoral de cartas marcadas, a nação “virou o jogo” e derrotou o candidato direitista Paulo Maluf, elegendo Tancredo Neves para presidente.

A partir de então, o movimento popular recrusce e inicia a luta por uma Assembléia Nacional Constituinte, e elege em 1986 um Congresso Nacional que é a expressão de uma década de lutas, tendo como reflexo a elaboração de uma Constituição, que apesar de não ser perfeita, recolocou o Brasil entre as nações democráticas e introduziu mecanismos de participação popular, que apesar de ainda demandar muita luta para torná-los efetivos, já apresenta resultados, na medida em que há um debate nacional sobre a necessidade da participação popular, como garantia de governos que observem os princípios constitucionais da boa administração, entendida como aquela que se pautela pela observância dos princípios da prevalência e indisponibilidade do interesse público.

⁵ Expressão cunhada pelo presidente da Assembléia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, ao promulgá-la em outubro de 1988.

⁶ Art. 1º – O Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união

indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 1º – Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.

⁷ Em nível constitucional, a de 1988 foi a primeira a tratar do tema, prevendo (art.58,II) a realização de audiência pública com a sociedade civil para discutir matéria de competência das comissões internas do poder legislativo. Na legislação infraconstitucional, tem-se principalmente: a Resolução CONAMA Nº 009/87, que a exige para discussão do EIA/RIMA, como uma das etapas do procedimento de licenciamento ambiental; o art. 39 da lei 8666/93, que a exige sempre que o valor de uma licitação seja superior a R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões); os arts. 32 e 34 da lei 9784/99 a prevê para instrução de processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal; o art. 48, parágrafo único da Lei complementar 101/00, que a exige no processo de elaboração e discussão das leis orçamentárias e plano plurianual, como pressuposto para a transparência da gestão fiscal; e os arts. 43 e 44 da Lei 10.257/01, que a exige para a garantia da gestão democrática das cidades e da gestão orçamentária participativa. Tem-se, portanto, que a maioria das normas que prevêem a realização de consultas e audiências públicas são muito recentes, havendo ainda um longo caminho a percorrer até que esse procedimento se incorpore à cultura administrativa do país.

⁸ A constituição, ao garantir ao povo (art. 1º, parágrafo único) o direito de participar diretamente do exercício do poder e disciplinar a forma dessa participação na vida administrativa do Estado (p. 14-16), bem como as normas infraconstitucionais ao preverem a necessidade da realização de audiências públicas (vide nota 8), gerou para a população a titularidade de um direito, qual seja, o de ser ouvida pelos governantes.

⁹ Lei Complementar 101/00, Art. 48, parágrafo único: “A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos”.

¹⁰ Lei 10.257/01, Art. 44: “No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea “f” do inc. III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal”.

¹¹ Art. 1º – São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

XIV – *negar execução a lei federal, estadual ou municipal*, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem

dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito à autoridade competente [grifamos].

¹² Art. 11 – Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, (...) [grifamos].

Bibliografia

ALTAVILA, Jaime de. *Origem dos direitos dos povos*. 4. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1964.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*: para uma teoria geral da política. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Saraiva, 1961.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência: por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Apontamentos de direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Participação popular na administração pública. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993.

FREITAS, Juarez. O controle social no orçamento público. *Interesse Público*, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 13-26, jul./set. 2001.

GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. 7. ed. Porto Alegre: L&PM, 1989.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução, introdução e notas de Antonio D’Elia. São Paulo: Cultrix, 1987.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

- MELO, Mônica. *Plebiscito, referendo e iniciativa popular: mecanismos constitucionais de participação popular*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências Públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 34, n. 135, p. 271-281, jul./set. 1997.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Livraria Martins, 1973.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Tradução, introdução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.
- SADER, Emir; GENTIL, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. São Paulo: Paz e terra, 2000.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *O direito de reclamação: da administração burocrática à gerencial*. 2001. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2001.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SUNDFELD, Carlos Ary Vieira. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 1-6, jul./set. 1997.
- ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

Em busca do direito perdido: uma crítica ao direito natural e ao direito positivo

Alexandre Miguel

Sumário:

Introdução. O Direito Natural. O ideal de Justiça. Crítica do positivismo ao jusnaturalismo. Crítica do jusnaturalismo ao positivismo. A união entre o jusnaturalismo e o positivismo. O papel do direito natural e do positivismo nos direitos humanos.

Introdução

Sempre que se afirma que o direito está em crise, surge a necessidade de revisitar ideais do direito natural, inclusive sua concepção de justiça. Mesmo assim, ao longo dos séculos, o jusnaturalismo tem recebido severas críticas, por tornar-se abstrativista, o que, em certa medida, abriu espaço à proliferação do positivismo jurídico.

No entanto, o positivismo jurídico limitou o direito apenas à norma legal — chegando alguns a assegurar que a justiça está presente apenas nessas normas (justiça convencional) —, o que o levou ao afastamento dos diversos problemas sociais que necessitam de solução por parte do direito para realização concreta da justiça.

Tal posicionamento vem exigindo do homem do Direito, principalmente do hermenêuta, um novo pensar, um novo caminhar. Em decorrência disso, o direito natural retornou ao cenário jurídico com as suas idéias quanto ao respeito à pessoa humana e à aplicação da justiça. Só que, hoje, esse direito natural não pode ser entendido como no passado. Ao lado dele deve estar presen-

Alexandre Miguel é Juiz de Direito em Porto Velho, RO.

te o direito positivado, cuja observância se torna necessária em um estado democrático de direito.

No cenário atual, deve-se procurar conciliar o direito natural com o direito positivo, na ansiosa busca de um direito que — embora não ideal, dada a falibilidade e imperfeição do ser humano, ao menos próximo disso — permita sonhar com um ideal do Direito, ou, quiçá, com um Direito ideal.

O Direito Natural

Desde logo deve ficar registrado que é extremamente difícil definir ou conceituar o direito natural, principalmente se levarmos em conta que se pode com a palavra *direito* alinhar uma infinidade de conceitos e, se não fosse só isso, com a palavra *natureza* outro tanto de conceitos poderiam ser concebidos, mormente quando utilizados para definir o direito natural.

Com efeito, a expressão direito natural comporta diversas acepções em paralelo com as que correspondem ao termo direito, e podem ser resumidas: a) aquilo que é devido, como objeto da justiça, por força da natureza das coisas, isto é, o justo natural (direito natural em sentido objetivo); b) as normas jurídicas naturais, ou seja, a *lex naturalis iustitiae* propriamente dita (direito natural em sentido normativo); c) os direitos subjetivos naturais ou, simplesmente, direitos naturais, a que também se tem chamado direitos originários, inatos, humanos ou fundamentais (direito natural na acepção subjetiva); d) o saber acerca do direito material (direito natural em sentido epistemológico).

No entanto, é usual a concepção de que o direito natural não é aquele posto pelos homens, seja por meio de normas ou pela jurisprudência, mas, sim, algo que está acima do próprio homem ou dentro dele mesmo. Essa visão deixa transparecer que o Direito Natural é algo ideal, isento de falhas e rigorosamente justo e correto.

Hugo GRÓCIO (apud BITTAR; ALMEIDA, 2001), entretanto, traz uma definição

de direito natural marcada pelo racionalismo: o direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário, segundo seja ou não conforme a própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em conseqüência disso, vetado ou comandado por Deus, como autor da natureza.

Para melhor compreender o direito natural, é necessário ter uma sumária visão histórica de suas passagens, que podem ser divididas em quatro importantes fases:

a) *Jusnaturalismo da Antigüidade Greco-Romana*: No pensamento filosófico grego, a idéia de direito natural persistia em que as leis humanas se inseriam na ordem geral do universo; elas seriam derivadas da natureza divina ordenada do cosmos;

b) *Jusnaturalismo Cristão*: Para muitos, o direito natural nasceu com o cristianismo. Por buscar sua força em Deus, o homem procurou valorizar a dignidade da pessoa humana. Com Tomás de Aquino, na Escolástica, atingiu o seu mais alto momento;

c) *Jusnaturalismo Racionalista*: Desenvolveu-se nos séculos XVII e XVIII e teve como principal expoente Hugo Grócio. Ele desvinculou o direito natural do fundamento jurídico divino para a razão humana;

d) *Jusnaturalismo Contemporâneo*: Renasceu a partir da 2ª Guerra Mundial, tendo como pano-de-fundo o novo impulso da filosofia aristotélica-tomista e contou com o empenho da Igreja Católica. Busca-se, nessa fase, a presença do direito natural na pessoa humana, em que a condição social deve estar sempre presente. O *personalismo jurídico* é parte dessa corrente contemporânea.

Em todas as fases do direito natural, duas coisas se afluíram: a presença constante desse direito dentro dos homens e a aplicação de justiça, de um ideal de justiça, razão concreta do direito como regulador da sociedade.

O ideal de Justiça

Dentro do universo social, o Direito, desde os seus primórdios, conforme cada épo-

ca, tem apresentado duas máximas: primeiro, dar segurança nas relações entre os homens e, segundo, a aplicação da justiça.

Seguindo esses passos, os jusnaturalistas, nas várias etapas em que esse pensamento passou, sempre tiveram como ponto nuclear às suas aspirações o forte desejo de fazer justiça — ideal esse sempre presente nos homens.

Tanto é que, na concepção de Giorgio DEL VECCHIO (1991), o direito natural é o nome com que se designa, por tradição antiga, o critério absoluto do justo.

O conceito de justiça formulado por Ulpiano, com base na concepção de Platão e Aristóteles, e que se transformou em um brocardo sempre referenciado, era de que justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu.

A noção de justo ou de justiça — a qual serve de pilastra mestra ao direito natural — varia de sociedade para sociedade, de tempo a tempo, conforme os desejos, os interesses, as ideologias reinantes etc. Com efeito, a idéia do justo se alcança pela experiência e não por meio de deduções e raciocínios abstratos. Mas essa experiência somente será percebida conforme a visão de determinada sociedade em sua época.

Assim é que a justiça é produto da convivência social. Então, a noção de justiça formar-se-á conforme a visão de uma sociedade. Por isso, ao longo do tempo, houve e sempre haverá diversas definições de justiça, em especial quanto ao que deva ser atribuído a cada um. Cada uma delas representando o interesse e a visão da sociedade de sua época — seja do passado, do presente ou do futuro.

Vale anotar, uma vez mais, o pensamento reinante em cada etapa do jusnaturalismo quanto ao ideal de justiça: a) *estoicismo helênico* — busca da justiça na natureza cósmica; b) *teologia da Idade Média* — a justiça era expressão de Deus; c) *iluminismo* — da razão humana advirá a justiça; e d) *atualmente* — busca-se a justiça na natureza humana.

Observe-se, dessa maneira, que para cada sociedade, nas suas diversas épocas, o ide-

al de justiça estaria presente conforme o pensamento predominante ao seu tempo; assim, o homem que viveu em períodos diversos não pode afirmar, de forma absoluta, que sua noção de justiça é melhor ou pior do que a das outras sociedades.

Cabe destacar que, em todas as fases por que passou o jusnaturalismo, ele não deveria ser visto como utópico, mas, sim, como algo alcançável para sua época, uma vez que há diversas naturezas pelas quais se tem apresentado o direito natural ao longo da história, implicando a existência de correntes distintas, mas que guardam entre si um ponto de pensamento comum: a convicção de que, além do direito escrito, há uma outra ordem superior àquela e que é a expressão do Direito Justo.

É oportuno esclarecer que a busca do direito justo, mola propulsora do pensamento do jusnaturalismo, fez com que esse direito estivesse, vez ou outra, a serviço de interesses políticos, representando tendências ideológicas. Tanto que serviu de argumentação, em certas fases da história, para sustentação do absolutismo dos reis na Idade Moderna, bem como para a queda desse mesmo regime a partir das revoluções liberais contemporâneas, que tiveram como grande marca o reconhecimento dos direitos do homem na Revolução Francesa, e antes, na declaração de independência dos Estados Unidos. Essas circunstâncias autorizam afirmar que os homens são possuidores de direitos inalienáveis e inatos, como à vida, à liberdade e à busca pela felicidade.

Mas esse direito justo, ideal, perfeito aparentemente não existe. A despeito da perfeição do direito, Paulo Ferreira da CUNHA (2001) assevera não acreditar nela, posto que o Direito é coisa de homens, e imperfeito como eles, sempre. E complementa: “Também deve ser esse céu pequeno demais para nele se fazerem caber os imprestáveis protótipos, as *idéias* do direito puro em cada situação concreta. O que existe, isso sim, é, antes de mais, uma idéia de Justiça, uma sensibilidade dos Homens que os faz detectar a

injustiça e, a partir daí, teorizar as formas de a contrariar e anular, tentando perseguir o seu posto, a Justiça. Depois existe a experiência histórica e social que leva a reconhecer certos mecanismos (entre os quais princípios) cujos bons resultados no caminho da Justiça elevou a patrimônio do Direito Natural. E há em cada *hic et nunc* a necessidade crítica e problematizadora do método dialético para, na contraposição de argumentos, encontrar plausibilidades que possam servir de verdades provisórias nessa busca incessante e sempre inacabada” (2001, p. 106).

Crítica do positivismo ao jusnaturalismo

É possível afirmar que uma das falhas do jusnaturalismo está no fato de se voltar para uma meditação sobre a sociedade como fato empírico. Esse acontecimento, para uns, está impregnado de rara infelicidade, posto ter criado uma concepção totalmente divorciada da realidade como um todo, colocando-se, assim, bem distante dos ideais de justiça buscados pelo direito natural, principalmente nos seus pontos mais nobres.

Por causa disso, os jusnaturalistas, por vezes, foram criticados por tornarem esse ideal de justiça algo inalcançável, longe da realidade social, a ponto de torná-lo irreal. Mas essa visão não merece tanta atenção, mostrando-se um ponto falho, mas bem explorado pelos opositores do jusnaturalismo, já que a noção de justiça também sempre esteve presente no sentimento da sociedade moderna, contrariamente do que procuraram transmitir os positivistas do direito.

Crítica do jusnaturalismo ao positivismo

Vale realçar, em tempo, que o codificismo, movimento marcante do positivismo jurídico, nasceu do jusnaturalismo racionalista. No fim do século XVIII e no início do século XIX, os juristas depararam-se com uma crise do direito até então vigente, que

ao longo dos séculos foi profundamente alterado pelo concurso de variadas fontes de normas jurídicas, o que o tornava difícil de ser conhecido e aplicado. Assim, sentiu-se necessidade de realizar uma reforma legislativa que desse ao Direito certeza; buscava-se, nessa reforma, no racionalismo jusnaturalista da época, sistematizar e universalizar as normas de direito natural em direito positivo. Entretanto, transposto o direito racional para os códigos, não se admitiu outro direito senão o codificado, sendo vedado recorrer-se ao direito natural para casos de lacuna desse direito posto, sendo ilegítimas outras formas de manifestação do direito.

Realmente, é da natureza do Direito Natural não ser positivo. Portanto, o paradoxo ocorreria: uma ordem jurídica de exclusiva existência de Direito Natural seria, afinal, uma ordem monista, de existência de um só direito. E, para sê-lo, haveria afinal que ser apenas uma ordem de direito positivo. Porque o monismo jurídico apenas é comportado pelo positivismo. E por muito justo que nos seus conteúdos se apresentasse tal novo direito dito natural, mas vigente e posto, e portanto positivo, haveria de tornar-se.

Mas, como se pode perceber, o *golpe* dos positivistas do direito foi útil a interesses políticos da classe burguesa que chegara recentemente ao poder e precisava legitimar a sua força, o que poderia ser feito pelo controle das leis em suas mãos.

Para os positivistas, só existia uma ordem jurídica: a comandada pelo Estado e que é soberana. Além disso, volta-se a destacar que o positivismo jurídico serviu, e serve, de forte instrumento aos poderosos, a partir do momento em que eles têm total controle sobre as estruturas político-legislativas, nas quais fundam toda ordem jurídica defendida pelos positivistas do direito, o que também o torna uma porta aberta aos regimes totalitários¹.

Assim também foram as críticas à pureza metodológica de Kelsen, no sentido de que, dada a sua inércia, todas as ordena-

ções jurídicas positivadas são igualmente aceitáveis, na medida em que são reduzidas a estruturas bem caracterizadas, mas vazias. Nessa medida, cada crítico introduziu nessas estruturas o conteúdo que bem lhe aparecia, de modo que KELSEN (1987), em 1934, no prefácio de sua monumental obra, assim resumiu as críticas à teoria pura do direito: “Os facistas qualificam-na de liberalismo democrático; os liberais ou os social-democratas consideram-na precursora do fascismo. Do lado comunista, é desprezada como ideologia de um estatismo capitalista; do lado capitalismo nacionalista, é desprezada como bolchevismo crasso ou anarquismo mascarado. Seu espírito, afirmam muitos, tem parentesco com a escolástica católica; outros, ao contrário, acreditam reconhecer nela os traços característicos de uma teoria protestante do Estado e do direito. E tampouco faltaram aqueles que quiseram estigmatizá-la como atéia. Em suma, ainda não existe nenhuma tendência política à qual a teoria pura do direito não esteve sob suspeita de pertencer. Mas é exatamente isso que demonstra a sua pureza, melhor do que ela mesma seria capaz”.

Outro problema enfrentado pelo positivismo jurídico reside no fato de ter reduzido o significado humano, ao limitar o seu campo de observação e análise aos fatos concretos. Em decorrência disso, fica distante do propósito de criação do direito, que é a realização do mundo social pela solução dos problemas da vida. Se o direito se põe longe da realidade social, ele não existe porque o significado maior de sua criação é estar atento aos interesses da sociedade.

No plano jurídico dogmático, o positivismo jurídico soçobra em quatro pontos cruciais:

Em primeiro plano, um positivismo pleno não admite a presença de lacunas. Embora acabe por aceitá-las, dadas as aparentes evidências, não apresenta nenhuma solução material para elas. Assim, a integração de lacunas realizar-se-á, pois, à margem do pensamento jurídico.

O positivismo também não tem meios para lidar com conceitos indeterminados, com normas em branco e, em geral, com proposições carecidas de preenchimento com valorações. Do mesmo modo como nas lacunas, a integração do ordenamento carece de tratamento específico. Como nesta, também naquelas o *jus positum* pode não oferecer soluções operativas. O positivismo cairá, então, no arbítrio do julgador.

Deveras importante na crítica ao positivismo é a sua inoperacionalidade em situações de contradições de princípios. A postura metodológica juspositiva não pode, perante esse fenômeno, senão negá-lo, ignorá-lo ou remeter a solução para os acasos das decisões subjetivas ou discricionárias de que fala HART (2001).

Por fim, o juspositivismo detém-se perante a questão complexa, mas inevitável, das normas injustas. Desde logo, a idéia de *injustiça* de uma norma regularmente produzida é de difícil, senão impossível, representação. Ademais, o positivismo carece de capacidade para, perante injustiças ou inconveniências graves no Direito posto, apontar soluções alternativas (CANARIS, 1996, p. XXII).

A união entre o jusnaturalismo e o positivismo

Após a última grande guerra mundial do século passado, em reação aos regimes totalitários que se formaram, o direito tem sido visto com outros olhos, chegando a se acreditar, neste momento, que seria o retorno do jusnaturalismo na seara do direito.

Todavia, esse novo modelo jurídico, que tem como fonte as normas escritas, não se tem limitado apenas a essa fonte, mas, sobretudo, em casos de lacuna das normas jurídicas, busca-se o direito para se fazer a justiça nos seus meios de integração e na hermenêutica, com certo conteúdo axiológico.

Outro ponto marcante é que mesmo o direito posto vigente tem sido amenizado

quando da sua aplicação, na qual se tem procurado elevar mais os interesses sociais decorrentes dos valores histórico-culturais vigentes.

Isso tem levado à busca por um direito, um direito ainda não encontrado, decorrente do casamento entre o direito natural e o direito positivo. Na busca desse ideal do direito, do positivismo jurídico e do jusnaturalismo, deve ser retirado o que há de melhor em ambos.

Com esse sentimento, é possível citar, uma vez mais, Hans KELSEN (1979, p. 1-2), quando, tratando das normas de justiça, afirma que “se uma norma de justiça pressuposta como válida preceitua que todos devem ser tratados igualmente, um ato legislativo pelo qual sejam postas normas que prescrevam um tratamento desigual dos indivíduos, estatuinto que os tribunais apenas devem punir aqueles que cometeram um delito e não os outros e que devem punir ladrões com privação da liberdade ao passo que os assassinos devem ser castigados com a privação da vida, então este ato legislativo e os atos dos tribunais que aplicaram a lei são injustos”.

Ainda KELSEN, ao idealizar sua Teoria Pura do Direito, busca fundamento de sua *norma fundamental*, não no direito posto, mas na pressuposição racional de sua existência, que D’ENTREVES (apud KELSEN, 1996, p. 148-149) chega a afirmar que a norma fundamental de KELSEN “nada mais é senão uma proposição de direito natural”, pois por meio dela se vem a reconhecer “que o critério último da validade do direito se situa para além do mesmo direito”.

Veja-se, destarte, que mesmo os positivistas do direito também estão em busca de um direito novo, justo. Daí a necessidade de se buscar o melhor dessas duas correntes para garantir os interesses da sociedade quanto a uma das máximas objetivadas pelo direito, que é a busca pela justiça.

Com efeito, L. Cabral de MONCADA (19—?, p. 307) tem colocado que o ideal é ter um misto entre o direito natural e o direito

positivo; assim, segundo o mestre de Coimbra, “nenhum Estado pode subsistir sem uma combinação dessa natureza e, portanto, sem um mínimo também de adesão a qualquer sistema positivo de direito natural. Um Estado que declaradamente confessasse só prestar culto a interesses materiais, qual simples sociedade comercial, sem um mínimo de preocupação com os outros valores mais altos, mesmo que menos sinceramente proclamado, segundo as conveniências de qualquer ideologia, seria tão difícil de conceber como uma religião que declarasse professar o ateísmo ou uma arte que se declarasse estar só a serviço de puros interesses comerciais do público”.

O Direito uno, e justo, é que tem uma parte positiva, na sua vida social como ordem jurídica, e padrões naturais a que, ponderadamente e não mecanicamente, cada situação jurídica concreta tem de submeter-se. O diálogo e a tensão entre direito positivo e direito natural não são apenas problema de encontrar leis justas, mas uma questão cotidiana e permanente, que passa por todos os tipos de ação jurídica e que interpela a “aplicação” e criação do Direito por todos os agentes jurídicos.

Em verdade, não há um direito justo no céu dos conceitos platônicos e um direito imperfeito e injusto no nosso pobre e imperfeito mundo sublunar.

Mas já sabemos que todo o direito positivo, por mais excelente que seja, precisa de homens justos para ser bem aplicado. E não há homens justos que, na complexidade da vida moderna, possam-no verdadeiramente ser sem serem homens ilustrados e cultos. Donde aos requisitos de boa aplicação do direito positivo acabem por ser os mesmos da utilização correta do Direito Natural.

Assim, do misto entre o direito positivo e o direito natural, pode surgir um direito ideal. Mas qual seria o ideário desse direito? Num primeiro passo, estar-se-ia invocando o sentimento de cujo objetivo deveria corresponder à aplicação da ordem legal vigente em consonância com os reais interesses

da sociedade, de modo a impedir a inércia da norma quanto ao fato social, aproximando a lei ou as suas omissões dos interesses da sociedade por meio do critério do *dar a justiça* — conforme a máxima mais importante do direito quanto à pacificação dos problemas sociais.

Também haveria de buscar-se uma solução mais próxima aos problemas invocados pela proteção sistemática dos Direitos Humanos, isto, aliás, é o que tem estado em evidência na atualidade.

Da união do direito positivo e do direito natural, da busca incessante de um direito ideal, surgem, então, os direitos humanos, direitos esses que se encontravam *perdidos*, acomodados, adormecidos no íntimo do homem.

O papel do direito natural e do positivismo nos direitos humanos

O Direito Natural, ao contrário do direito positivo, é todo o direito que tem como título fundante não a vontade do homem, mas a natureza humana. Ou dito de outro modo, objetivamente, a condição humana — o haver homens tais como os homens são — e, subjetivamente, o fato de tal homem ser Homem.

Os direitos do Homem querem ser mesmo direitos, e mais: direitos superiores ao direito legislado, costumeiro ou jurisprudencial que eventualmente — e este eventualmente é freqüente — não os respeite. Os direitos humanos não só estão sendo considerados Direito, como, de algum modo, no imaginário coletivo, acabam por figurar como uma espécie de *mais-que-direito*, ou, dito de outro modo, o verdadeiro Direito, o direito justo (CUNHA, 2001). E também tão eficaz e decisivo, a ponto de nos encontrarmos, hoje, não apenas num tempo jurídico de direitos humanos, mas também num tempo global de direitos humanos.

Mas o paradigma ocidental direito humanista não é o único, nem pode ser visto na perspectiva valorativa intercivilizacional

como o *melhor*. É apenas uma das formas de proteção das pessoas, do homem. Assim, muitos foram dando conta de que os direitos humanos não eram mais que uma adaptação aos tempos modernos do velho paradigma jusnaturalista, hoje impossível de recuperar de forma autônoma, dada a assunção do direito positivo.

Assim, não é o Direito Natural engolido pelo monstro legal codificado do direito positivo. São os direitos humanos que, adotados em inúmeras e tautológicas declarações universais, regionais, setoriais, nacionais, constituições e outros documentos legais, perdem o sopro renovador que adquiriram quando ainda eram mais políticos que jurídicos.

A verdade é que não conseguimos vislumbrar uma sólida teoria dos direitos humanos que não assente no direito natural, quer se chame assim, quer se designe de outro modo. A razoabilidade, tolerância, democracia, o pluralismo e outros princípios, valores ou tópicos essenciais dos direitos humanos não podem, por certo, fundar-se num simples comodismo utilitarista, sob pena de serem sacrificados. Se não houver um respeito profundo pelo Homem e pela sua dignidade, fundado na idéia da transcendência ou sacralidade naturais — mesmo, eventualmente, laica e até atéia — do Homem, de cada Homem concreto, dificilmente se sustentará filosoficamente e manter-se-á praticamente o ideal de tais direitos.

Expressões como *dignidade humana, liberdade, democracia, liberalismo*, e tantas outras, são usadas por jusnaturalistas e positivistas quando discorrem sobre os direitos humanos. É certo que o recurso lingüístico, aparentemente comum nas duas searas, não tem, entretanto, sentido unívoco quando se penetra nos conceitos a que aludem as palavras. Mas, ainda assim, é possível detectar algum denominador comum, por mínimo que seja. Por exemplo, as idéias sobre a dignidade humana podem ser pluralizadas, mas não é fácil, nem freqüente, renun-

ciar a noção de que o *ser humano* possui uma *dignidade* intrínseca e inata, só pelo fato de ser o que é: uma pessoa.

Mas, se os direitos humanos, a sua bandeira e a sua doutrina conseguiram fazer cair de pedestais e bastiões ditadores e ditaduras, se denunciaram e fizeram corrigir abusos, e se nessa trincheira continuam lutando, a verdade é que, à sombra dessa mesma bandeira, candidatos a novos privilegiados, e quiçá a novos tiranetes, vão tomando posições e estudando estratégias. Essa visão, longe de ser sombria, é uma realidade. Olhando dos lados, veremos que, por conta de proteger os direitos humanos, direitos de minorias, por exemplo, uma nação apenas dá ênfase de suas exclusivas idéias a todo cenário internacional.

Entretanto, uma coisa é certa: os Direitos Humanos, com efeito, renovaram a face do Direito, embora ainda esteja por fazer a sua completa harmonização.

O sopro de ar fresco epistemológico permite hoje pensar conscientemente três épocas — três paradigmas — no Direito: o direito objetivo clássico, o direito subjetivo moderno e, hoje, o direito social.

Os direitos humanos persistem como instância crítica, política e até antipositivista do Direito.

É inegável que a grande mão atuante do direito natural são os direitos humanos. De outro lado, interessante notar que, por mais jusnaturalista que se seja, um dado é deveras irrefutável: nem a lei natural ciceroniana, nem as filosofias agostiniana, tomista ou escolástica discorreram sobre os direitos humanos, como o fez a filosofia contemporânea, em pleno positivismo jurídico.

Hoje mesmo, acreditamos que muitas das nossas constituições, declarações de direitos e outros documentos de valor jurídico mais ou menos preeminente e reforçado são direito natural feito direito positivo. E com isso, muitos tranqüilizam a sua face jusnaturalista, acabando por concluir — sem o dizerem freqüentemente — que o Direito Natural cumpriu a sua missão histórica,

mas acabou: porque, no rodar escatológico da História, aproximamo-nos muito perto da felicidade ao conseguir — pelas conquistas políticas — que a lei positiva acolhesse as grandes aspirações da Humanidade².

Notas

¹ Calha registrar a advertência de BOBBIO (1997, p. 67), no sentido de que: “A norma fundamental está na base do Direito como ele é (o Direito positivo), não do Direito como deveria ser (o Direito justo). Ela autoriza aqueles que têm o poder exercer a força, mas não diz que o uso da força seja justo só pelo fato de ser vontade do poder originário. Ela dá uma legitimação jurídica, não moral, do poder. O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor, então, se os mais fortes forem também os mais justos”. E mais adiante completa: “O objetivo de todo legislador não é organizar a força, mas *organizar a sociedade mediante a força*” (p. 70).

² Transcrevo, apenas por seu caráter inusitado, a proposta de proibição da leitura da Bíblia a menores, por violenta e por — alegadamente — contrária aos direitos do homem. Este o texto que foi divulgado na Internet em Agosto de 2000, o qual, com a devida vênia, reproduzimos na íntegra: “Advogados querem proibir Bíblia para menores. Dois advogados solicitaram à ministra da Família da Alemanha, Christine Bergmann, que incluía a Bíblia, por seu conteúdo violento, na lista de livros considerados perigosos para as crianças. A Bíblia contém passagens de ‘muita crueldade’, que são glorificadas como fruto da vontade de Deus, explicam os advogados alemães Christian Sailer e Gert-Joachim Hetzel em sua petição à ministra, realizada em nome de ‘alguns pais’. ‘Predica o genocídio, o racismo, a animosidade para com os judeus, execuções atroz de adúlteros e homossexuais, assassinato dos próprios filhos e outras perversidades’, afirmam Sailer e Hetzel. Por isso, a Bíblia deveria estar na lista de livros ‘não recomendados para crianças’, até que as ‘passagens de violação aos direitos humanos’ sejam suprimidas. A porta-voz da Igreja Católica em Munique, Adelheid Utters-Adam, qualificou a solicitação de absurda. Se a Bíblia deve ser incluída no índice, o mesmo deve acontecer com todos os livros da História e quase todos os jornais, destacou. A Bíblia também descreveu o lado mais obscuro da humanidade, destacou Utters-Adam, para quem os autores da petição não entenderam o livro sagrado. A notícia foi divulgada pela AFP em 1º de agosto” (CUNHA, 2001, nota 278, p. 187-188).

Bibliografia:

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ALDEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: UnB, 1977.
- _____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1999.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9. ed. Brasília: UnB, 1997.
- CAMPOS, Germán J. Bidart. *La interpretación del sistema de derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1994.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *O ponto de Arquimedes*. Coimbra: Almedina, 2001.
- DEL VECCHIO, Georgio. *Filosofia del derecho*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1991.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Filosofia do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Ícone, 2000.
- KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. 2. ed. [S. l.]: Armênio Armado Editor, 1979.
- _____. *O problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 4ª reimpressão, 2001.
- MATA-MACHADO, Edgard Godói da. *Contribuições ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: DelRey, 2000.
- MONCADA, Luiz Cabral. *Filosofia do direito e do estado*. Coimbra: Coimbra, [19—?].
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1997.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Suspensão cautelar e cancelamento de registro de medicamentos: garantias constitucionais ao direito à saúde

Otávio Augusto Buzar Perroni

Sumário

Introdução. 1. Conjuntura histórico-econômica. 2. Da natureza da ANVISA. 3. Das atividades da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. 4. Da suspensão cautelar e do cancelamento de registro de medicamentos como garantias constitucionais ao direito à saúde. 5. Entendimento jurisprudencial – interpretação do direito à saúde. Conclusões.

Introdução

Inserida no contexto da reliberalização¹ do Estado, a questão da regulação de setores da atividade social, que em tempos pretéritos se encontravam sob o lume e o punho do “Grande Estado”, passou a ser traçada em faces mais complexas dentro do prisma das inter-relações estatal-sociais.

Tratando-se de uma das quebras de paradigmas mais relevantes nas quais esteve inserida a sociedade em suas esferas político-econômico e jurídica, mormente nesta última, torna-se ululante a necessidade de se aclarar ao máximo – ou mesmo solver – os problemas exurgidos desse novo contexto.

Setores que antes se sujeitavam ao controle monopolista estatal, *e. g.*, o das telecomunicações, o da energia elétrica e o do petróleo, passaram a ser abertos à exploração privada, afigurando-se necessária a criação de entes cujas funções seriam de, prioritisticamente, estabelecer normas às quais estariam sujeitas as empresas particulares, cha-

Otávio Augusto Buzar Perroni é Membro do Grupo de Estudos em Regulação de Vigilância Sanitária, Núcleo de Regulação Setorial da Faculdade de Direito da UnB, Orientador: Márcio Iório Aranha.

madras de concessionárias, a quem o Estado cedeu o direito de explorar tais atividades, e, em momento posterior, verificar se seu desenvolvimento estaria condizente ao definido nas normas editadas pelo ente regulador.

Configuram-se, assim, dois os objetivos das chamadas Agências Reguladoras²: a produção de normas que exigem o atendimento de certos padrões de comportamento em determinadas atividades sociais; e o policiamento da conduta das empresas que se prestaram a tal responsabilidade.

A questão da Vigilância Sanitária insere-se nesse contexto trazendo em seu bojo alguns pontos diferenciadores no tratamento a ela dispensado.

Sendo, no Brasil, o exercício de atividades relacionadas à saúde atribuído há muito tempo aos setores público e privado, optou-se por criar, aproveitando essa “corrente regulatória”, uma Agência específica. Então, tentou-se acompanhar uma realidade mais dinâmica que o Direito, pelo fato de o tema ensejar discussão de indelével interesse social, qual seja, a proteção da saúde, garantia insculpida na Constituição Federal de 1988 (art. 6º, *caput*)³.

Assim, à ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – foi delegada a competência de, por meio dos poderes de normatização setorial e de um policiamento contínuo, regular as atividades concernentes à saúde.

Nisto, então, reside o escopo do presente trabalho: analisar, com o cotejo doutrinário, legal e jurisprudencial, condutas da Agência, nas quais se inserem os institutos da suspensão cautelar e do cancelamento de registro de medicamentos, que visam ao alcance dos objetivos a que ela se propôs a atingir.

Desse modo, procurar-se-ão extirpar, ao menos em nível teórico, os entraves que, eventualmente, venham-se afigurando como desafios no caminho de implantação material do direito à saúde.

1. Conjuntura histórico-econômica

Tomando em vista a peculiaridade do momento social que ensejou o florescimento das Agências Reguladoras no Brasil – mas não só nele –, houve-se essencial formular um tópico em que se pudessem aclarar os motivos do surgimento de tais entes, o que, por via oblíqua, contribuirá, indubitavelmente, para o entendimento escorreito do tema proposto.

Tendo percorrido uma época influenciada pelas teorias liberalistas econômicas, as sociedades contemporâneas adentraram o século XX já na iminência de profunda modificação em suas estruturas estatais.

O abstencionismo econômico, fruto da teoria liberal clássica de Adam Smith, foi sendo suplantado com o surgimento das ditas “Constituições Sociais”, entre as quais as pioneiras Constituição do México, em 1917, e a Constituição de Weimar, dois anos depois, em face da contraposição desses Estados às idéias estritamente formais de liberdade e igualdade brotadas da Revolução Francesa.

Procurou-se, então, nesses novos Estados, concretizar a realização desse ideal por meio de uma “positivação social”, encaçada nas Cartas Constitucionais, devendo ser garantida pela força do próprio Estado. Desse modo, o intervencionismo estatal vai-se caracterizando como único meio eficaz para o exercício pleno dos direitos sociais.

Tal quadro acentuou-se com a crise de 1929 e o New Deal de Roosevelt, demandando a sociedade que o Estado, por meio de sua máquina burocrática e sua estrutura físico-financeira, passasse a controlar um incomensurável número de atividades, inclusive a econômica.

Assim, foi adquirindo, com poder sobre diversos ramos sociais, um aspecto de super-Estado, com atividades cada vez mais abrangentes e encargos proporcionalmente mais onerosos.

O intervencionismo⁴ teve seu auge no período da 2ª Guerra Mundial, com o surgi-

mento dos regimes totalitários – os nazi-fascistas europeus e o comunista soviético, mais especificamente –, e só começou a dar sinais de fraqueza na década de 70, na qual, além das crises do petróleo, afiguraram-se “a ineficiência da máquina estatal, salvo raras exceções, o agigantamento do Estado e, entre outros fatores, a incapacidade de gerir com eficiência um sem-número de empresas estatais”, passando a ser a tendência global a “reprivatização e a reliberalização da economia”(MENDES, 2000, p. 110).

Nesse enfoque, o Estado passou a delegar determinadas atividades, antes exclusivamente por ele exercidas, a terceiros, ressaltando-se, então, a necessidade de serem criados instrumentos de regulação mantenedores da idoneidade e da eficiência dos serviços prestados, identificados sob três formas: “regulação estatal, regulação do mercado (nos moldes da ‘mão-invisível’ de Smith) e a auto-regulação”(MENDES, 2000, p. 111).

“Enquanto a regulação natural do mercado obedece à lógica do *interesse pessoal* de cada agente e rege-se pelo princípio da *concorrência*, ou seja, de liberdade de competição, a regulação estatal obedece ao *interesse público*, tendo como princípio ordenador a *regulação autoritária*, através [sic] da imposição de normas, do poder extroveso estatal. Entremeando estas duas, a auto-regulação por entidades associativas mescla uma *lógica do interesse público e do interesse privado*, norteador-se pelo princípio da *autodisciplina*, uma vez que os próprios sujeitos regulados se encarregam pela normatização de suas condutas” [grifos no original] (MOREIRA, apud MENDES, 2000, p. 111-112).

Infere-se, então, que o escopo das Agências Reguladoras, entre as quais a ANVISA, é, se não outro, o de regular uma atividade específica de relevância social e de primar por sua idônea manutenção, com o fim de atender, sobretudo, ao interesse público,

dentro do sistema optado pelo ordenamento pátrio.

2. Da natureza da ANVISA

No ensejo do comprometimento da Constituição Federal de 1988 com os direitos sociais, definiu-se “saúde” como sendo “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196).

Desse modo, foi atribuída ao Estado a tutela de tal bem jurídico, pois, sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, só ao Poder Público cabe “dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado” (art. 197).

Com a exploração desse campo, também no orbe de competências do Estado incidiu a tarefa de “fiscalizar” a atividade de “terceiros”, agentes no sistema social da saúde, entre os quais, prestadores de serviços médicos, produtores de equipamentos para saúde, fabricantes de medicamentos, de alimentos, de saneantes domissanitários e outros.

Carlos Ari SUNDFELD (2000, p. 18) afirma que

“a existência de *agências reguladoras* resulta da necessidade de o Estado influir na organização das relações econômicas de modo muito constante e profundo, com o emprego de instrumentos de autoridade, e do desejo de conferir, às autoridades incumbidas dessa intervenção, boa dose de autonomia frente à estrutura tradicional de poder político” [grifado no original].

Não obstante a eloquência inquestionável de que se reveste tal excerto, foi olvidada a inclusão da intervenção estatal também no âmbito das relações sociais, dado que a

própria Constituição sublimou a patamares de elevada altitude os chamados “direitos sociais”, entre os quais a educação e a saúde (CF/88, art. 6º, *caput*).

Assim, também na esfera da proteção à saúde, definiu-se necessária a criação de uma agência reguladora.

Reza, entretanto, a Carta Magna de 88, em seu art. 37, inciso XIX, que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir áreas de sua atuação”.

Desse modo, no ano de 1999, atendendo ao preceito constitucional, foi promulgada a Lei nº 9.782, definindo o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e criando a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS, posteriormente renomeada para ANVISA.

À Agência atribuiu-se a natureza de autarquia especial, caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira⁵, sendo sua finalidade institucional precípua

“promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras” (Lei nº 9.782/99, art. 6º).

Entre outras competências da Agência, no art. 7º do referido diploma legal reside uma que remete diretamente à sua função normatizadora:

“Art. 7º *Omissis*

...

III – estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;

...”

Aqui, poder-se-ia questionar a usurpação, por parte do Executivo, do poder de le-

gislar, mas, de forma acurada, SUNDFELD explica a necessidade de às Agências reguladoras ser conferido certo poder normativo, em face da ineficiência e incapacidade da Lei, em sentido estrito, em definir padrões de comportamento em atividades muito específicas, sendo, de certa forma, até mesmo inexigível sua regulamentação por meio do Poder Legislativo.

Indigitado administrativista afirma que “para realizar os interesses gerais da atualidade no contexto de um Estado intervencionista, não basta editar uma lei abstrata, genérica e distante, dizendo, por exemplo, que nenhuma exploração da atividade industrial pode ultrapassar certo limite de poluição, causando dano à saúde do vizinho. É preciso que o Estado vá trabalhando com a realidade todo o tempo, para definir, nas situações que se põem, o que é ou não uma emissão de poluentes aceitável (...)” (SUNDFELD, 2000, p. 28).

Afigura-se, destarte, legítima a atribuição normatizadora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Essa afirmação tem importância inquestionável, já que grande parte dos processos judiciais que envolvem a ANVISA ou a antiga Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, por aquela subsumida, remetem à indagação da legalidade de tais documentos normativos, quase sempre com pretensão a uma descaracterização de sua incidência e imperatividade, nos casos concretos em que se guerreiam os atos da autoridade competente da Vigilância Sanitária respaldados nessas normas.

3. Das atividades da Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Hélio Pereira DIAS (1988, p. 9) afirma que “nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual ao interesse social como o da saúde. E, para protegê-lo, baldados os esforços suasórios e de educação, dispõe a Administração de Poder de Polícia”.

Por poder de polícia entende-se a atribuição “de que dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social” (GASPARINI, 2000, p. 115).

Assim, dentro do rol das competências da ANVISA definidas na Lei nº 9.782/99, insere-se a de normatizar, controlar, fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde (art. 2º, III), por meio de estabelecimento de normas, propondo, acompanhando e executando as políticas, diretrizes e ações de vigilância sanitária (art. 7º, III).

Ainda no texto do art. 7º, inciso IX, ficou incumbida a Agência de conceder registros de produtos, seguindo as normas de sua área de atuação, definindo o artigo seguinte o que vêm a ser, especificamente, esses produtos sob sua vigilância:

“Art. 8º *Omissis*

§ 1º - Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

I – medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias;

...”

Tratando-se de medicamento, extrai-se uma definição inculpada na Lei nº 5.991, de 1973, sendo considerado como tal, no art. 4º, II, todo “produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico”, diferenciando-se, assim, dos conceitos de droga e de insumo farmacêutico, delineados, respectivamente, nos incisos I e III do mesmo artigo.

Respeitando a legislação anterior, à Agência foi delegada a regulamentação, o controle e a fiscalização de medicamentos.

Ressalte-se, entretanto, que o termo “legislação” deve ser compreendido *cum grano salis*. Hélio Pereira DIAS (1988, p. 19) destaca que “não só as normas previstas em leis e em seus decretos constituem o repertório cuja transgressão é sancionável. Também as

normas técnicas consubstanciadas em outros atos emanados dos órgãos competentes de vigilância sanitária constituem obrigações a serem observadas pelos particulares”, sujeição essa que tem ensejado a discussão via judicial a respeito de Resoluções e Portarias editadas pela Secretaria de Vigilância Sanitária, órgão antecessor da ANVISA, em casos concretos (*Vide* nº 5, *infra*).

A Lei nº 6.360/76, regulamentada pelo Decreto nº 79.094/77, instituiu, então, o regime da vigilância sanitária a que se sujeitam os medicamentos e todos os demais produtos e serviços ligados às atividades de saúde, devendo, inclusive, os atos da autoridade sanitária atender aos preceitos por ela impostos.

Ficou definida, ainda no mesmo documento legal, como atribuição exclusiva do Ministério da Saúde o registro e a permissão de uso de medicamentos, bem como a aprovação ou exigência de modificação de seus componentes (art. 6º, parágrafo único). E, em seu art. 7º, estabeleceu que, “como medida de segurança sanitária e à vista de razões fundamentadas do órgão competente, poderá o Ministério da Saúde, a qualquer momento, suspender a fabricação e venda de qualquer dos produtos de que trata esta Lei, que, embora registrado, se torne suspeito de ter efeitos nocivos à saúde humana”.

No intuito de aclarar conjunturas nebulosas que viessem a surgir posteriormente, o legislador, a par dessa discussão, houve por bem tecer o conceito do que vem a ser “registro”, no art. 4º, inc. X, daquela Lei de 1976:

“X - Registro - Inscrição, em livro próprio após o despacho concessivo do dirigente do órgão do Ministério da Saúde, sob número de ordem, dos produtos de que trata esta Lei, com a indicação do nome, fabricante, da procedência, finalidade e dos outros elementos que os caracterizem”.

Ademais, definiu requisitos específicos no tangente ao registro de drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos⁶, preven-

do a possibilidade de, no caso de não serem atendidos, cancelar-se o registro sempre que “efetuada modificação não autorizada em sua fórmula, dosagem, condições de fabricação, indicação de aplicações e especificações enunciadas em bulas, rótulos ou publicidade”⁷.

Dispõe os artigos 62 a 67 sobre infrações e penalidades, definindo em que ocasiões se considera o medicamento como alterado, adulterado ou impróprio para uso.

Refletindo o caráter policiador da Agência, a apuração das infrações “far-se-á mediante apreensão de amostras e interdição do produto ou do estabelecimento, conforme disposto em regulamento” (art. 72), e a comprovação da ocorrência da infração dá ensejo à atividade da autoridade competente, em conformidade com cada situação, sendo-lhe atribuído o poder de apreender ou inutilizar o produto, em todo o território nacional, cancelar o registro ou cassar a licença do estabelecimento (art. 72, § 1º).

A apuração deve atender aos princípios do devido processo legal, possibilitando aos sujeitos dos pólos ativo e passivo da relação jurídica material a defesa de seus interesses na relação processual.

A ulterior Lei nº 6.437, de 1977, esmiúça as modalidades de infrações e penalidades cabíveis no processo administrativo sanitário.

No *caput* de seu art. 2º, define que “sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal, as infrações sanitárias serão punidas, alternativa ou cumulativamente, com as penalidades de: ...
VI – suspensão de vendas e/ou fabricação de produto;
VII – cancelamento de registro de produto;
...”

Classificando as infrações sanitárias em leves, graves e gravíssimas, definiu, ainda, circunstâncias atenuantes e agravantes a serem relevadas durante a verificação procedimental e aplicação das penalidades.

4. Da suspensão cautelar e do cancelamento de registro de medicamentos como garantias constitucionais ao direito à saúde

Acerca da definição do que vem a ser “registro”, do conceito genérico fornecido pela Lei nº 6.360/76, podem ser identificados apenas o órgão concessor, o Ministério da Saúde, e as informações que devem estar contidas no documento.

Já o art. 3º, XVII, do Decreto nº 79.094/77 tece uma definição teleológica, pois explicita ser “destinado a comprovar o direito de fabricação de produto submetido ao regime da Lei nº 6.360/76”.

Em outras palavras, a finalidade principal do registro do produto é garantir que sejam entregues à população medicamentos que contenham componentes eficazes e que atendam à destinação terapêutica indicada (GOMES, 200-?, p. 65).

É mister, no entanto, diferenciar o instituto do registro dos de licença e de autorização. O primeiro refere-se a produto, englobando medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e outros, ao passo que os demais, respectivamente, tocam a idéia de estabelecimento e de funcionamento de empresa.

Diferencia-se, ainda, do conceito de patente, que, segundo Ela Wiecko Volkmer de CASTILHO (2001, p. 70), inclui-se este

“no conceito de propriedade industrial, que, por sua vez, faz parte do conceito mais amplo de propriedade intelectual. (...) A patente de invenção materializa-se em um documento, emitido por um órgão estatal, que descreve uma invenção (inovação) e cria uma situação jurídica, em que a invenção somente pode ser explorada comercialmente (produzida, utilizada, vendida, importada), por um tempo determinado, pelo concessionário da patente ou com a autorização deste”.

Assim, a patente não dá direito à comercialização *ab initio* do produto, adquirido somente sob o lume da concessão do regis-

tro, pois, apenas a partir desse momento, garante-se sua qualidade e eficácia pelo fato de ter sido analisado nas várias fases da vigilância.

No que tange a seu período de validade, terá o registro vigência de cinco anos e deverá ser concedido no prazo máximo de 90 dias (Lei nº 6.360/76, art. 12), podendo ser revalidado por períodos iguais e sucessivos.

Não obstante essa norma, o ato de registro não se exaure em um momento pontual, ou seja, o medicamento que tenha sido submetido ao processo de registro não conta com aval sanitário incondicionado *ad eternum*. Ao contrário, está sempre sujeito à análise de circunstâncias, como, *v. g.*, mudança nas instalações da fabricante, reforma nas estruturas físicas, utilização de maquinário novo.

Assim, o registro pressupõe certos requisitos no momento de sua concessão, mas, ocorrendo uma mudança que venha a eivar de vícios alguma das características exigidas, mesmo ainda dentro de seu período de validade, dá-se causa à ação da Vigilância Sanitária que, analisando as conseqüências, pode configurar, inclusive, a cassação do registro de certo medicamento.

Com efeito, considera-se o registro como uma condição resolutiva para o pleno exercício do direito de propriedade privada, ou seja, estar-se-ia, com a exigência de registro, simplesmente, exercendo a atividade administrativa garantidora dos verdadeiros contornos de propriedade ligados a requisitos de saúde pública, sem, entretanto, sacrificar o direito do particular em comercializar certo medicamento.

Nesse ponto reside a questão da contraposição entre o interesse individual – o de gerar renda a um particular por meio da venda de medicamento – e o interesse coletivo – o de obter o acesso a um sistema de saúde confiável e de qualidade – muito discutida na esfera jurisprudencial (*vide n. 5 infra*).

Tendo em vista que, na área da Saúde, risco é sinônimo de probabilidade, a relação entre os órgãos da Vigilância Sanitária e os seus regulados deve ser feita no intuito

de se proteger o direito à saúde, constitucionalmente garantido, em três níveis: o da prevenção, momento em que são concedidos registros e autorizações embasados nos documentos legais (leis, normas técnicas, portarias, regulamentos, etc.); o da vigilância, por meio das revalidações de registros, análises e inspeções; e o da correção, aplicando-se punições às infrações.

Assim, para se garantir a qualidade de um medicamento ao ponto de torná-lo disponível à população, o procedimento de concessão de registro deve submeter o produto a uma análise minuciosa em suas diversas fases, desde a produção até a comercialização.

Em primeiro lugar, todo medicamento inovador deve superar o crivo de uma pesquisa clínica, em que serão aplicados os conhecimentos científicos e insumos tecnológicos no desenvolvimento de um produto que se propõe a ter eficácia em determinada atividade.

A Vigilância Sanitária deve, antes de cogitar a concessão do registro, verificar se durante as pesquisas de laboratório, com animais e com seres humanos de forma controlada (subfases da pesquisa clínica), os efeitos a que o medicamento se propôs a proporcionar no organismo foram eficazes e seguros.

Após a confirmação da qualidade do produto e, em vias de conseqüência, da concessão do registro, o papel da Vigilância, ainda no âmbito preventivo, denominado farmacovigilância, passa a ser de verificar se as estruturas da produção (instalações, maquinário, risco de contaminação, área de ventilação, etc.), de distribuição (embalagem, rotulagem, transporte), comercialização, dispensação e consumo condizem com as exigências definidas normativamente para a garantia de boa qualidade do medicamento (sendo essa verificação também exequível em relação a produtos já tradicionais, *i. e.*, não-inovadores).

Verificando a ANVISA algum desvio ao padrão imposto pelas normas, fica imbuído

da, então, de poder punitivo/corretivo, em decorrência da infração cometida pelo estabelecimento.

Como antes referido, a Lei nº 6.437/77, em seu art. 2º, definiu como sanções administrativas sanitárias, entre outras, a suspensão de vendas e/ou fabricação de produto e o cancelamento de registro de produto.

A imposição dessas duas medidas punitivas tem ensejado frugífera discussão jurisprudencial, visto que a natureza e implicações jurídicas das duas divergem em alguns pontos.

As infrações sanitárias submetidas à punição mediante a suspensão cautelar e/ou cancelamento do registro estão arroladas, junto com as demais, no artigo 10 da Lei nº 6.437/77⁸.

A apuração do ilícito deve ser realizada mediante a apreensão de amostras para realização de análise fiscal e de interdição, se for o caso (Lei nº 6.437/77, art. 23). E é nesse ponto que começam a se tornar visíveis as diferenças entre a suspensão cautelar da venda de medicamentos e o cancelamento de seu registro.

Malgrado o legislador tenha-se esquivado de tecer um conceito definidor de tais institutos, é possível traçar-lhes um liame diferenciador, mesmo que, às vezes, possa parecer de etérea e sinuosa natureza tal separação, por meio de uma interpretação sistemática do conjunto das normas sanitárias (legais e regulamentares), mormente a Lei nº 6.437/77 e o Decreto nº 79.094/77, no tangente às infrações sanitárias e respectivas punições.

A Lei define que a apreensão de amostras para efeito de análise, fiscal ou de controle, não será acompanhada de interdição do produto, *excetuando-se* os casos em que sejam flagrantes os indícios de alteração ou adulteração do produto, hipótese em que a interdição terá caráter *preventivo ou cautelar*.

Entretanto, a interdição de medicamento “será obrigatória quando resultarem provadas, em análises de laboratório ou no *exame de processos*, ações fraudulentas que impliquem falsificação ou adulteração” (art.

23, § 3º, sem grifo), cabendo, desse modo, o cancelamento do registro, nas infrações que o prevejam como sanção.

Das linhas acima, deduz-se que à suspensão cautelar foi dado caráter de excepcionalidade, devendo a interdição do medicamento, como rege o § 4º do art. 23 daquela Lei, durar “o tempo necessário à realização de testes, provas, análises ou outras providências requeridas, não podendo, em qualquer caso, exceder o prazo de 90 (noventa) dias, findo o qual o produto ou estabelecimento será automaticamente liberado”.

Infere-se, ainda, do *caput* do art. 6º da Lei nº 6.360/76, que a suspensão cautelar é o passo anterior ao cancelamento do registro: “a comprovação de que determinado produto, até então considerado útil, é nocivo à saúde ou não preenche os requisitos estabelecidos em lei, implica a sua retirada imediata do comércio e a exigência da modificação da fórmula de sua composição e dos dizeres dos rótulos, das bulas, das embalagens, *sob pena de cancelamento do produto em todo o território nacional*” [sem grifo no original].

A “comprovação” a que se refere tal artigo remete à previsão do artigo 23, § 2º, da Lei nº 6.437 definida como “indícios de adulteração ou alteração flagrantes”, requisitos anteriores ao cancelamento e que ensejam a suspensão cautelar da venda ou fabricação de medicamentos, embasados em pareceres técnicos de órgãos supervisores atrelados à Vigilância Sanitária.

Não há que se questionar a violação do *due process of law* por dois motivos. Em primeiro lugar, porque ao Poder Público, nas figuras de seu Ministério da Saúde e da ANVISA, foi delegado legalmente o poder de delinear sua atividade dessa maneira, primando pelo atendimento ao princípio constitucional que define ser a saúde um direito a ser resguardado pelo Estado (CF, art. 196). Depois, pelo fato de o interesse público primário de preservação da saúde exercer caráter de supremacia sobre os interesses do particular.

A imediata retirada do medicamento do mercado não implica, destarte, uma desvir-

tuação do devido processo legal, já que, ao administrado, as vias contenciosa, administrativa e mesmo a judicial comum estão sempre abertas. Entretanto, ao Administrador é *exigível* que, nos casos em que a segurança do medicamento, eficácia para o fim a que se propõe, identidade, atividade, qualidade, prazo e inocuidade necessárias (*ut art. 16, II, Lei nº 6.360/76*) residam em *flagrante descumprimento às normas estabelecidas*, resguarde a sociedade de potenciais efeitos nocivos à saúde, por meio da suspensão cautelar de vendas de determinado medicamento, até que se prove a sua idoneidade ao uso.

Desse modo, afigurou-se necessário ao Poder Público proteger aquele interesse primário de uma sociedade que se encontrava ao léu de interesses de comerciantes e produtores de medicamentos.

Mediante tal cautela, ao fim do prazo legal de 90 dias, não sendo comprovada a nocividade levada à suspeição pela via técnica ou processual, retornarão ao mercado os medicamentos suspensos, por meio de despacho da autoridade competente liberando-o e considerando-o próprio para uso.

Diversa há de ser a conduta do Poder Público se, entretanto, como resultado de laudo laboratorial, for confirmada a suspeita de que alguma das características do produto está em desacordo com as normas de qualidade e segurança impostas pela autoridade competente. Nesse caso, a autoridade sanitária lavrará o termo de punição, fazendo constar no processo o despacho técnico respectivo que tenha reprovado o medicamento, podendo optar, entre outras punições cabíveis, pela aplicação da pena de cancelamento do registro do produto.

Dispõe o Decreto nº 79.094/77:

“Art. 7º – Quando verificado que determinado produto, até então considerado útil, é nocivo à saúde ou não preenche os requisitos estabelecidos, o órgão de vigilância sanitária competente do Ministério da Saúde exigirá a modificação devida na fórmula de composição e nos dizeres dos rótu-

los, das bulas e embalagens, sob pena de cancelamento do registro e da apreensão do produto em todo o território nacional.

Art 8º – Como medida de segurança sanitária e à vista de razões fundamentadas, o órgão de vigilância sanitária competente do Ministério da Saúde poderá, a qualquer momento, suspender a fabricação e venda de qualquer dos produtos de que trata este Regulamento, o qual, embora registrado, se torne suspeito de ter efeitos nocivos à saúde humana.

Parágrafo único. O cancelamento do registro previsto neste artigo, pelo órgão de vigilância sanitária competente do Ministério da Saúde, dependerá do pronunciamento da câmara técnica competente do Conselho Nacional de Saúde, sendo facultado à empresa o direito de produzir provas de caráter técnico-científico para demonstrar a improcedência da suspeição levantada.”

Ressalte-se que a previsão legal que faculta ao administrado “o direito de produzir prova” remete apenas à hipótese de cancelamento de registro.

Poder-se-ia questionar a constitucionalidade de tal excerto, tendo em vista que o art. 5º, IV, da CF/88 apregoa serem “assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral (...) o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Porém, sob os auspícios do Ministério Público⁹, trazem-se à baila os motivos pelos quais resolveu o legislador definir, da maneira como foi feita, o tratamento dispensado pelo Poder Público à proteção da saúde:

“Como observado, existe um outro bem juridicamente protegido por várias normas constitucionais: trata-se do conceito de ‘saúde pública’ ao qual se dedicou toda uma seção do título da Constituição denominada ‘ordem social’. Sobre o tema, a Consti-

tuição da República estatui que ‘a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção’ (art. 196)

Donde tem-se configurado o conflito de bens protegidos na Constituição: de um lado, a ampla defesa; de outro, a saúde pública”.

O *parquet* clama, de modo louvável, por princípios de interpretação elencados na doutrina de Hesse, na qual

“o princípio da concordância prática está em estreita conexão com isso [em referência à unidade da Constituição]: na resolução dos problemas, os bens constitucionalmente protegidos devem ser reciprocamente ordenados, de modo que a cada um deles ganhe realidade. Onde surgem colisões, não é permitido realizar um deles às custas do outro, por meio de uma precipitada ‘ponderação de bens’ ou mesmo pela abstrata ‘ponderação de valores’. Antes, o princípio da unidade da Constituição impõe a tarefa de uma ‘otimização’: os limites de *ambos* os bens devem ser retraídos, para que ambos possam atingir uma ótima eficácia” [grifado no original].

Desse modo, o legislador ordinário, de maneira plausível, conseguiu atender a ambos os interesses: ao público, na medida em que garante a proteção da saúde, e ao privado, quando garante o contraditório e a ampla defesa na via processual.

Ao elevar a saúde pública a esse pedestal, a Lei atribuiu à autoridade sanitária o poder de, por meio da suspensão cautelar, prevenir a coletividade, em seu direito à saúde, de se tornar contaminada por vícios potencialmente lesivos à vida humana.

No mesmo passo, calçou no texto legal a previsão de o particular, fabricante ou fornecedor de medicamentos, no *iter* de um

devido processo legal, defender seu interesse justo e também garantido constitucionalmente de realizar atividade com fins lucrativos e alegar processualmente, por meio de estudos, pesquisas científicas e pareceres técnicos, a idoneidade de seu produto, antes que venha a ter seu registro cassado pela autoridade sanitária competente.

Visando a atender o valor maior da vida humana, previu uma medida célere – logo, mais eficaz –, “para interditar ou suspender temporariamente a produção e a entrega ao consumo de medicamentos que ponham em risco a saúde humana”¹⁰. Esquivou-se, assim, de correr o risco de, ao exigir um procedimento com demasiados entraves burocráticos em um processo muito intrincado de suspensão cautelar, não atingir a proteção à saúde pública demandada constitucionalmente.

Portanto, diversamente do tratamento exigido para a interdição cautelar – *rectius*: suspensão de venda de medicamentos –, o cancelamento de registro admite, por ser uma medida mais drástica, dilação probatória no atendimento aos princípios da ampla defesa e de garantia do contraditório.

Dispõe o art. 22 do Decreto nº 79.094/77 que “o registro de drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos será cancelado sempre que efetuada qualquer modificação em sua fórmula, dosagem, condições de fabricação e indicação de aplicações e especificações enunciadas em bulas, rótulos ou publicidade não autorizada pelo Ministério da Saúde”.

Desse artigo 22, *in fine*, infere-se que, somente se não satisfeitas as exigências do órgão competente, no caso a ANVISA, vinculada ao Ministério da Saúde, dar-se-á ensejo ao processo de cancelamento do registro do medicamento.

Exige a autoridade que haja “justificativa da mudança pretendida, comprovação científica pertinente, literatura pertinente”, entre outros¹¹. E só é possível levantarem-se tais informações no decorrer de um processo alongado, munido de dilação probató-

ria, residindo, aqui, a razão de, no caso do cancelamento de registro, diversamente do que ocorre na suspensão cautelar, em que o risco e os vícios do medicamento são causticantes, exigir-se a comprovação dos motivos de modificação das características do produto ou de suas fases de produção e comercialização.

5. Entendimento jurisprudencial – interpretação do direito à saúde

Nos dizeres de Hélio Pereira DIAS¹², “na interpretação do Direito de Saúde, a exemplo do que ocorre no direito Administrativo, além da utilização analógica das regras de hermenêutica em geral, devem ser considerados três fatores fundamentais: 1º) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados (dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais); 2º) a presunção de legitimidade dos atos da Administração (premissa de conduta legal nos atos administrativos, que transfere para o particular o ônus de provar o contrário, isto é, demonstrar que a Administração não atuou nos limites da lei, agindo, portanto, arbitrariamente); 3º) a necessidade de poderes discricionários para a Administração realizar seus fins, entendidos aqueles primeiros como a soma de competências facultadas pela lei ao administrador, para escolher a oportunidade, a conveniência e o conteúdo dos atos”.

Adiciona, ainda, que, sendo a saúde pública um direito social (art. 6º, CF/88), o instrumento materializador de tal garantia social reside no “exercício fiscalizador sanitário da produção de medicamentos”.

Desse modo, guardando o direito à saúde traços característicos dos direitos difusos, mormente os que remetem ao Direito do Consumidor, é demandada uma tutela do Estado no que diz respeito à proteção da saúde do consumidor.

Assim, ao Ministério Público foi entregue a insígnia de legítimo curador do direito à saúde, com respaldo na Carta Magna de 88, art. 129, III.

E plausível tem-se afigurado tal zelo constitucional, pelo fato de os pareceres exarados pelos órgãos do *parquet* virem sendo elencados como razões com as quais aquiescem os magistrados na fundamentação de suas sentenças em processos cujo objeto se refere à vigilância sanitária.

Nesse ânimo, traz-se à baila a análise do Mandado de Segurança nº 94.12039-7, no intuito de exemplificar casuisticamente o tema abordado nas linhas anteriores¹³.

Na sentença do juízo *a quo* do caso em tela (16ª Vara Federal da Seção Judiciária de Brasília – DF), a segurança foi concedida com lastro no parecer do Ministério Público que iluminou o ato da autoridade impetrada sob dois focos: o primeiro, concernente ao poder-dever atribuído aos órgãos da Vigilância Sanitária, com respaldo legal (Lei nº 6.360/76, arts. 7º e 8º), de suspender cautelarmente a venda de um medicamento que, mesmo até certo momento considerado útil, passou a ensejar dúvidas no tangente à sua qualidade; o segundo, referente à garantia que se dá ao fabricante do produto suspenso para comprovar sua eficácia, no período legalmente definido, sob pena de, não o fazendo, ter o registro cancelado.

Vê-se que a suspensão da venda em face de uma suspeição por parte da vigilância sanitária, no que diz respeito à qualidade do produto, é anterior ao cancelamento do registro.

Procedendo de tal maneira, a Vigilância Sanitária está protegendo o interesse primário da sociedade de ter garantido seu direito à saúde, defendendo-a de potenciais riscos.

No entanto, *in casu*, a autoridade impetrada não notificou a empresa impetrante exigindo a comprovação, com espeque laboratorial da qualidade de seu medicamento, cujo registro foi cancelado.

Atuando de tal maneira, o direito à ampla defesa e ao contraditório da autora foi violado, residindo, aí, a causa de pedir.

Demandou a autora que a autoridade sanitária observasse os procedimentos legais atinentes ao cancelamento de registro para que, antes de o consumir, procedesse ao re-exame das condições do registro, outrora por ela concedido, analisando, para isso, as *razões tecnicamente fundamentadas* a serem levantadas pela impetrante no curso de um processo administrativo e, somente se persistir a suspeição a respeito da idoneidade do medicamento depois de transcorrida essa fase processual, que instaurasse o processo devido de cancelamento de seu registro, em atendimento ao interesse da coletividade.

Dessa forma, a decisão do Juiz de 1ª Instância vem cortejada pela razão, pelo fato de exigir que a autoridade coatora se manifestasse no sentido de suspender o ato de cancelamento do registro, mantendo o produto, porém, em regime de suspensão cautelar até que as razões da empresa impetrante, acostadas em provas de caráter técnico-científico, fossem analisadas. Em seguida, deveria proceder da maneira exigida pela lei: em caso de confirmação da suspeição levantada, tendo sido inócuos os motivos da impetrante, cancelando o registro; em caso contrário, o de comprovação da idoneidade do medicamento, ou no caso de inércia da autoridade coatora no período legal de 90 dias, fazendo com que o produto retornasse ao mercado, sendo considerado, a partir daí, adequado para uso.

Conclusões

Com todo o exposto, restou claro que, à ANVISA, como sucessora da SVS, dentro de suas competências auferidas dos textos legais, delegou-se o poder-dever de primar por um direito à saúde, constitucionalmente consagrado, com o uso de medidas de prevenção, de acompanhamento e de punição.

Entretanto, algumas dessas ferramentas não foram claramente diferenciadas, che-

gando, em certos pontos, a se imiscuírem, como no caso da suspensão cautelar e do cancelamento do registro de medicamento.

Necessária tornou-se, então, a elucidação de tais conceitos, tanto no âmbito abstrato, com a exposição de excertos doutrinários e do próprio texto legal, quanto no orbe concreto, em que se analisaram as conseqüências materiais de tal discussão entre suas definições nas páginas dos jurisperitos.

Então, definiu-se o instituto da suspensão cautelar de medicamentos como uma medida preventiva, decorrente do poder de polícia estatal, por meio da qual a autoridade sanitária visa ao atendimento do primário interesse público referente à saúde, retirando de circulação cautelarmente, por meio de um procedimento célere, um medicamento que venha-se afigurando nocivo à coletividade, sob pena de, não atuando de tal maneira, os danos eventualmente causados se tornarem irreversíveis.

Em contraposição, o cancelamento do registro configura-se um instrumento mais drástico, que vem a ser consumado somente no caso da comprovação da nocividade de certo medicamento no seio da sociedade, depois de transcorrida uma fase processual em que ambas as partes, autoridade coatora e administrado, tenham-se munido dos princípios do devido processo legal nas defesas de seus interesses.

Outrossim, claro ficou que o tratamento ao tema dispensado pelo legislador foi de grande acuidade. Demonstrou-se perspicaz o suficiente; ao mesmo tempo em que conseguiu proteger o interesse primário de uma sociedade que demanda um sistema de saúde de qualidade, não olvidou que, do outro lado da relação material, havia o fornecedor, o fabricante de medicamentos e produtos e o prestador de serviços de saúde que também agem no intuito de proteger seus interesses (econômicos ou quaisquer outros), garantidos, em caso de controvérsia judicial, pelos princípios do contraditório e da ampla defesa no delinear de um devido processo legal.

Desse modo, os limites de ambos os bens foram retraídos e, conseqüentemente, otimizados, atendendo, com o respaldo das palavras de Hesse, ao princípio de uma unidade da Constituição.

Notas:

¹ Tendo como caráter central a “re-regulação” de certas atividades antes exploradas exclusivamente pelo Estado. Entretanto, não significando, necessariamente, liberalização normativa.

² Conrado Hübner MENDES (2000, p. 107-108) admite que “‘agência reguladora’ é uma expressão importada do Direito Americano para designar um tipo de ente da Administração Pública ao qual cabe o desempenho de uma tarefa especial: a regulação”.

³ “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho (...) na forma desta Constituição.” [grifo nosso].

⁴ Entenda-se “intervencionismo” em um sentido amplo, na medida em que se possibilita ao Estado intervir em atividades estatais ou privadas, não devendo ser confundido, pois, com a intervenção estatal estritamente técnico-jurídica.

⁵ SUNDFELD (2000, p. 19) identifica algumas características comuns das agências, mesmo não tendo elas seguido um modelo comum. Os pontos convergentes consistem em: serem entidades com tarefa tipicamente de Estado; gozarem de autonomia em relação ao Executivo; e ordenarem setores básicos da economia.

⁶ Ver art. 16 da Lei nº 6.360/76.

⁷ Art. 19 da Lei nº 6.360/76.

⁸ A Medida Provisória nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001 (reedição da originária nº 1.814, de 16 de fevereiro de 1999), adicionou os incisos de XXXII a XLI, prevendo novas modalidades de infrações sanitárias sujeitas à punição mediante suspensão cautelar ou cancelamento do registro.

⁹ Parecer exarado nos autos do Mandado de Segurança n. 95.00.00533-6, julgado na 16ª Vara Federal da Seção Judiciária de Brasília – DF. Data de julgamento: 6 de março de 1995.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Art. 23.

¹² Em palestra proferida no dia 13 de julho de 2001, na Superintendência de Vigilância Sanitária da Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais.

¹³ Sobre o tema, conferir os Mandados de Segurança n. 95.00533-6, n. 95.03981-8, n. 97.24616-5, sendo os dois primeiros originários da 16ª Vara Federal de Brasília – DF e o terceiro, da 3ª Vara dessa mesma Seção Judiciária.

Bibliografia

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Patentes de produtos de origem biológica. In: ARANHA, Márcio Iório; PICARELLI, Márcia Flávia Santini (Org.). *Política de patentes em saúde humana*. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Hélio Pereira. *Direito de saúde*. Rio de Janeiro: [s.n], 1979.

_____. *Teoria e prática do processo administrativo sanitário*. Brasília: [s.n.], 1988.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

GOMES, Carolina et al. *Vigilância sanitária de medicamentos e correlatos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Quality Mark, [200-?].

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: _____ (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do Senado Federal**

Lavagem de dinheiro: os efeitos macroeconômicos e o bem jurídico tutelado

Tiago Ivo Odon

Sumário

1. Introdução. 2. A defesa do Estado e a defesa da Economia. 3. O bem jurídico tutelado pela lei de lavagem de dinheiro. 4. Os efeitos macroeconômicos da lavagem de dinheiro *versus* o rol de crimes antecedentes. 5. Os instrumentos buchananianos do Brasil. 6. Conclusões.

1. Introdução

A lei brasileira de lavagem de dinheiro – lei nº 9.613/98 – adotou a estratégia de selecionar quais tipos de ativos ilícitos podem ou não ser lavados. Assim, no Brasil, só há relevância penal, para que o Estado movimente sua máquina de repressão, se um agente tentar ocultar ou dissimular a origem de ativos provenientes de tráfico de entorpecentes, terrorismo e seu financiamento, tráfico de armas e munições, extorsão mediante seqüestro, crimes contra a administração pública, crimes contra o sistema financeiro nacional, crimes praticados por organização criminosa e por particular contra administração pública estrangeira.

A lei brasileira de lavagem de dinheiro é uma lei “de segunda geração”, para usar expressão da doutrina internacional. As leis de primeira geração são aquelas que só consideram dinheiro sujo passível de ser lavado aquele proveniente exclusivamente do narcotráfico. As leis de segunda geração aumentaram o campo de incidência, considerando outros crimes além do narcotráfico, como terrorismo, tráfico de armas, corrup-

Tiago Ivo Odon é Especialista em Inteligência e Consultor Legislativo do Senado Federal.

ção etc. É o caso do Brasil, da Alemanha e da Espanha. As leis de terceira geração, por sua vez, não definem um rol, sendo qualquer provento de infração penal passível de ser lavado. É o caso dos EUA, da Bélgica, da França, da Itália, da Suíça, do México.

A primeira questão que surge a partir dessa estratégia de política criminal brasileira é se o crime de lavagem é concebido a partir da análise dos bens jurídicos tutelados pelas normas subjacentes aos crimes antecedentes ou se ele possui autonomia axiológica, um bem jurídico próprio. A segunda questão é se, demonstrando-se que a norma que pune o crime de lavagem de dinheiro tutela bem jurídico próprio, o rol de crimes antecedentes abarca todas as infrações penais dotadas de tal periculosidade a ponto de alcançar o núcleo de garantia e proteção da norma jurídica de lavagem de dinheiro, e que seriam, portanto, penalmente relevantes, apesar de ausentes.

O presente estudo pretende analisar essas questões a partir das premissas da escola de ciência econômica da Escolha Pública, de James M. Buchanan, e a partir da identificação dos efeitos macroeconômicos da lavagem de dinheiro, retirando a discussão do âmbito meramente jurídico e abstrato para situá-la no mundo real.

2. A defesa do Estado e a defesa da Economia

Algumas das atividades ilegais citadas no rol de crimes antecedentes do art. 1º da Lei nº 9.613/98 demandam recursos financeiros expressivos, como, por exemplo, a produção e a distribuição de drogas ilegais e o tráfico de armas. No Brasil, por exemplo, os mercados de ambos os produtos têm rotas distintas (a rota da droga mais ao norte e a rota da arma mais ao sul), o que expande por todo o país os efeitos da subtração desses recursos da economia regular, processo que provoca uma redução tanto da taxa de produção quanto do ritmo de crescimento. Com frequência, essas atividades geram

muito mais renda aos seus agentes do que podem utilizar prudentemente no curto prazo. Para permitir o uso desses recursos a longo prazo, precisam ser armazenados ou investidos de forma a não perder valor. Como se observa, essas rendas têm um ciclo de vida próprio – têm valor mais em função do tempo de sua manutenção do que do consumo que poderiam gerar.

É precisamente isso o que a lavagem de dinheiro tenta proporcionar: preservar na medida do possível o valor dos ativos adquiridos e transformá-los em ativos mais legítimos ou mais utilizáveis, processo que, no caso de grandes somas, gera consequências macroeconômicas entrópicas, como se verá mais adiante.

O dinheiro sujo que entra no país, de tráfico de cocaína, heroína, ecstasy ou de armas estrangeiras – até mesmo de armas brasileiras, que são exportadas e retornam pelo Paraguai –, ou é gerado domesticamente, de corrupção, de gestão fraudulenta de instituição financeira, entre outros, e é lavado produz dois efeitos básicos relevantes: o primeiro é a realimentação da atividade criminosa, uma vez que o crime é uma indústria, gera lucro e necessita de constante reinvestimento, e o dinheiro não pode ficar ocioso sob pena de perder valor; o segundo é a desestabilização da ordem econômico-financeira, nos processos de armazenamento e transformação dos ativos. Assim, diante desse quadro, é oportuno perguntar qual é o bem jurídico tutelado pela lei de lavagem de dinheiro. São todos os bens jurídicos por trás dos crimes que compõem o rol do art. 1º, chamados de “crimes antecedentes” (saúde pública, segurança nacional, patrimônio, administração pública nacional e estrangeira, sistema financeiro nacional, ou qualquer um, se ofendido por organização criminosa), ou possui um bem jurídico próprio a ser protegido?

A Exposição de Motivos da Lei nº 9.613/98 (EM nº 692/MJ), de 18 de dezembro de 1996, em seus itens 29 a 33, parece adotar a tese, em nome de uma “política criminal

transnacional”, de que é a soma de todos eles. Não obstante, vai mais longe: acrescenta a “defesa do Estado” como um dos fundamentos para a criminalização da lavagem de dinheiro como entidade típica autônoma (item 31) – após se referir aos crimes praticados por organizações criminosas, “independentemente do bem jurídico ofendido”, terrorismo e tráfico de armas – e a “defesa de uma economia saudável” (item 33), ao se referir aos crimes contra o sistema financeiro nacional. Estamos diante de um tipo penal com uma pluralidade de bens jurídicos tutelados, uma vez que várias modalidades de crimes são elementos do tipo?

A EM nº 692/MJ, ao citar a “defesa do Estado” numa ponta e a “defesa da economia” na outra, estaria voltando à velha distinção Estado-mercado, da gênese do liberalismo, ou, depois de Hegel, à distinção Estado-sociedade civil? Até que ponto defender a economia é diferente de defender o Estado? Talvez Marx tenha sido o primeiro a sistematizar uma crítica a respeito dessa suposta dualidade. No prefácio à sua famosa *Crítica da economia política*, ele afirma, estudando Hegel, que ficara convencido de que as instituições políticas e jurídicas tinham suas raízes nas relações materiais da existência (cujo complexo é englobado por Hegel na expressão “sociedade civil”) e que a anatomia da sociedade civil deve ser buscada na “economia política”. Para ele, enfim, a sociedade civil é o espaço onde têm lugar as relações econômicas; ou seja, é a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política.

Todd G. BUCHOLZ (2000, p. 14), em outras palavras, e sem usar a teoria do materialismo histórico, observou que o vínculo mais forte entre a economia e o mundo real tem sido sempre a política. De fato, até o início do século XX a economia era chamada de “economia política”. Quase todos os mais importantes economistas serviam ao governo em algum nível. David Ricardo e John Stuart Mill até ganharam a eleição para o Parlamento britânico; de uns tempos para

cá, no Brasil, Roberto Campos e Delfim Neto, entre outros.

Na verdade, a economia moderna ganhou seu impulso inicial quando Adam Smith denunciou o casamento incestuoso entre as monarquias e os negociantes da Europa. De lá pra cá nada mudou, apenas o fato de que agora esse casamento se dá entre repúblicas e esses negociantes, que são do mundo todo. Nos dias de hoje até os Estados precisam ser financiados e fechar balanços. Até ganham notas de risco igual às empresas! No Brasil, por exemplo, todo o mercado tem títulos públicos na mão. Os títulos públicos são usados como um ativo praticamente isento de risco e chegam a ser contabilizados pelos bancos como parte de seu capital. Costuma-se inclusive obrigar certos fundos a destinarem determinada fração de seus ativos a aplicações em títulos do governo, como é o caso dos fundos de pensão. O Banco Central, além disso, usa esses títulos em operações no mercado aberto para influenciar as taxas de juros. Para se ter uma idéia, enquanto nos EUA e na Inglaterra as taxas de juros de referência para o mercado (*prime* e *libor*, respectivamente) são taxas sobre títulos privados, no Brasil a taxa referência (Selic) é sobre títulos públicos!

Estamos numa época da História em que até a política virou uma atividade econômica, para usar uma das premissas do Prêmio Nobel de Economia de 1986, James M. Buchanan, fundador da escola da Escolha Pública. Desde que as políticas públicas deixaram de ser de apoio à oferta (séculos XVII, XVIII e XIX) para serem de apoio à demanda (século XX e início do XXI), isso tem sido uma realidade. Em nenhum momento da História a expressão “república” teve um significado tão preciso: “fundo público”. O fundo público, ou *res publica*, caracteriza-se (1) pelo financiamento da produção (subsídios para agricultura, indústria, comércio, ciência e tecnologia, formação de amplos setores produtivos estatais, investimento em infra-estrutura, crédito para as micro e pe-

quenas empresas etc.; (2) pela valorização financeira do capital, por meio da dívida pública; e (3) pelo financiamento da reprodução da força de trabalho, alcançando toda a população por meio dos gastos sociais (educação gratuita, saúde universalizada, previdência social, seguro-desemprego, subsídios para transporte, alimentação, habitação, cultura e lazer, salário-família etc.), conquista da social-democracia.

A intervenção do Estado adquire assim um sentido preciso, já que fornece uma cota de capital constante, que contribui para frear a queda da taxa média de lucro (economia real) ou de rendimento (economia financeira) no mercado. No final do processo, o país endivida-se, tornando-se cada vez mais dependente do mercado financeiro doméstico, o que contribuiu para o aumento exponencial da dívida pública como mecanismo privilegiado de financiamento de seus gastos: a prazos de maturidade cada vez mais curtos e a taxas de juros crescentes, condições impostas pela sociedade civil para seguir comprando títulos públicos. Essa realidade é o grande dilema das novas esquerdas hoje. O primeiro ano do governo Lula é uma constatação empírica disso.

Portanto, “defesa de uma economia saudável” não deixa de ser uma “defesa da sociedade civil”, credora do Estado, e, assim, “defesa do governo”, “defesa da política”. Em última instância, se estamos falando de condutas criminosas que lidam com a moeda, não existe diferença prática entre “defesa da economia” e “defesa do Estado”.

3. O bem jurídico tutelado pela lei de lavagem de dinheiro

O que a EM nº 692/MJ nos faz refletir é se devemos ou não valorar o crime de lavagem de dinheiro a partir da análise dos crimes antecedentes, definir o bem jurídico tutelado a partir do bem jurídico ofendido pelo crime antecedente. Será que o bem jurídico principal é multímido e derivado? Como isso pode ser possível se só temos uma pena?

O fato é que, no direito penal moderno, a relação entre bem jurídico e pena traduz, na verdade, uma simbiose entre o valor do bem e a função da pena; ou seja, nas palavras de Luiz Regis PRADO (1997, p. 21), “de um lado, tendo-se presente que se deve tutelar o que em si mesmo possui um valor, o marco da pena não é senão uma consequência imposta pela condição valiosa do bem. De outro lado, e, ao mesmo tempo, a significação social do bem se vê confirmada precisamente porque para a sua proteção vem estabelecida a pena”.

Para situar a discussão num âmbito axiológico – uma vez que, a partir de Kant, o conceito de bem passa a ser dimensionado axiologicamente para o mundo do Direito –, se estamos diante de uma soma, como a pena de um crime antecedente pode ser maior do que a pena do crime principal (caso da extorsão mediante seqüestro)? Se isso ocorre, é porque aquele primeiro efeito básico citado do crime de lavagem de dinheiro – a retroalimentação da atividade criminosa – não foi considerado valorativamente para a definição da pena, uma vez que se está punindo no sistema jurídico o fato A com uma pena W e a recolocação dos proventos para financiar um novo A com uma pena W - n. Em contrapartida, temos vários crimes antecedentes (corrupção, descaminho, tráfico de armas etc.) com penas inferiores à do crime principal. Nesses casos, o sistema jurídico está punindo o fato B com uma pena X e a recolocação dos proventos para financiar um novo B com uma pena X + n. Em tese, de um lado e de outro (A/B e o financiamento de novo A/B), o bem jurídico ofendido é exatamente o mesmo. Por que isso não se reproduz na cominação da pena? Certamente, diante dessa falta de padrão, e para não termos que declarar uma ofensa ao princípio da proporcionalidade, percebe-se que a retroalimentação do crime não foi fator levado em consideração para se definir o marco da pena, o que, em última instância, revela como o sistema penal pátrio concebe (ou melhor, não concebe) o crime de lavagem de

dinheiro – o qual, como se conclui, não é concebido, ontologicamente, a partir do crime antecedente.

Se o crime de lavagem de dinheiro chega a ser punido mais severamente que o seu crime precedente ou o crime que se visa realimentar, então está claro que a lavagem em si ganhou autonomia axiológica. Assim sendo, ofende um bem jurídico próprio. Daí a razão de a lei estabelecer uma completa autonomia entre o crime principal e os crimes que são elementos do tipo (art. 2º, inciso II e § 1º).

Isso é uma questão de política criminal. Toda norma jurídica nasce de uma decisão política. Para usar a definição de ZAFFARONI e PIERANGELI (2002, p. 132), política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que, iniludivelmente, implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

É interessante observar que outro fato nos indica que o crime de lavagem de dinheiro não foi concebido a partir dos crimes antecedentes. A EM nº 692/MJ fornece a seguinte explicação por que os crimes contra a ordem tributária não foram incluídos no rol de crimes antecedentes:

“Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constituiu-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção

de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal – lavagem de dinheiro – a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito”(item 34).

Essa explicação, portanto, mostra-nos uma lógica oposta: é o crime de lavagem de dinheiro que está selecionando o rol de crimes antecedentes. Se o direito penal deve cumprir um objetivo de segurança jurídica, que, para ZAFFARONI, não se diferencia substancialmente da defesa social, e se esse objetivo se cumpre tutelando bens jurídicos – aqueles tidos como caros para a ordem constitucional vigente –, por que a decisão política prévia à constituição da norma jurídica resolveu restringir o alcance do tipo penal usando como critério *o que o crime causa para o seu agente e não o que o crime causa para a sociedade civil ou para o Estado?* Parece que a EM nº 692/MJ não está mais falando de tutela de bens jurídicos. E se com o dinheiro da sonegação fiscal o agente procura um doleiro para remeter o montante para fora do país sem que a Receita Federal e o Banco Central percebam? Houve evasão de divisas (remessa clandestina de disponibilidades de moeda estrangeira do país), que é crime contra o sistema financeiro nacional (art. 22 da Lei nº 7.492/86) e que está no rol da lei nº 9.613/98 (inciso VI). Não houve aumento de novos bens, direitos e valores ao patrimônio do agente. Pelo contrário, houve redução, pois ele teve que pagar a comissão do doleiro e a taxa da ordem de pagamento! Como já afirmara ZAFFARONI, o caminho escolhido pela política criminal para efetivar a tutela já implica a crítica do caminho eleito.

Além disso, a EM nº 692/MJ defende uma tese (de que o resultado do crime de lavagem constitui um aumento do patrimô-

nio do agente) que o tipo penal prescrito na lei não reclama. Tal condição não se encontra no *caput* do art. 1º ou em seus §§ 1º e 2º. Estamos diante de um fenômeno parecido com o que atualmente ocorre com o crime de furto. Há uma corrente jurisprudencial expressiva defendendo que o crime só se consuma se o objeto furtado passar para a posse tranqüila do agente (ver voto vencido do Ministro Néri da Silveira, STF – RT 677/428). É uma condição que, a rigor, o tipo penal (art. 155 do Código Penal) não reclama. Mas o interessante é que a condição colocada pela EM nº 692/MJ (o resultado do crime de lavagem precisa ser uma agregação de fora ao patrimônio do agente) não foi imposta pela jurisprudência, não foi fruto da análise judicante de um caso concreto – por meio da qual o processo, na perspectiva de Ihering, torna-se uma “luta” que constrói o Direito, daí J.J. Calmon de Passos ensinar que é na fase de aplicação do Direito que ocorre a sua legitimação social –, mas foi fruto de uma decisão política prévia à criação da norma jurídica.

Essa relação necessária da política com o Direito não é, logicamente, como já alertou Maurício A. R. LOPES (1999, p. 202), uma questão limitada ao campo penal, mas um problema geral do Direito. Contudo, não se deve perder de vista que a norma jurídica forma parte de uma ordem jurídica e que a decisão política, na medida em que pode ensejar a criação de uma norma jurídica concreta, deve-se harmonizar ao todo jurídico já existente, para que seja mantida a coerência do sistema. Apenas com a lei penal nas mãos não podemos conhecer o direito penal de um país, prescindindo do restante de legislação positiva do ordenamento jurídico. Assim, o que o sistema nos diz sobre a tese defendida pela decisão política na EM nº 692/MJ? No direito tributário, o pagamento de um tributo torna-se obrigação legal a partir da ocorrência do fato gerador. Assim, o seu não pagamento configura enriquecimento ilícito. Este, em nosso direito civil, possui os seguintes pressupostos: a)

enriquecimento do *accipiens* (do que lucra); b) empobrecimento do *solvens* (do que sofre o prejuízo); c) relação de causalidade; d) existência de lei prevendo a hipótese. Em suma, no crime contra a ordem tributária, o que o agente está fazendo é retirando recursos do fundo público, da *res publica*. A tese da EM nº 692/MJ, portanto, é falaciosa, e, de certa forma, não esconde o patrimonialismo burocrático, para usar expressão de Raymundo Faoro, tradicionalmente presente no imaginário político brasileiro.

A noção do delito como ofensa a um bem jurídico é uma das grandes conquistas do constitucionalismo liberal a partir de meados do século XIX, com Birnbaum. A partir de então, não foram raras as ocasiões, como já constatou Luiz Flávio GOMES, em que o conceito de bem jurídico foi frontalmente atacado ou menosprezado, ocasiões que coincidem com momentos autoritários da História. Quando isso acontece, o bem jurídico já não revela a essência do delito, seu *abstractum*, senão exclusivamente a *ratio* seca da lei. O conceito mesmo de delito se transforma para ser concebido como mera lesão à norma ou mera violação de um dever (GOMES, 2002, p. 79-80). O que importa, nessa perspectiva, é a vigência formal da própria norma. Assim, no crime de lavagem de dinheiro, politicamente falando, o que ganha relevância penal não é a ofensa “ao Estado” ou “a uma economia saudável”, mas a violação da norma que condena implicitamente o aumento do patrimônio do agente!

Estamos diante de um caso clássico da escola de Escolha Pública de Buchanan! Essa escola é um fenômeno do final do século XX e pouco debatida no Brasil. Apesar de ser uma escola da ciência econômica, traz questões que deveriam ser trazidas para o campo de estudo do Direito. Uma das premissas usadas por ela é a de que o burocrata, assim como o homem de negócios, é egoísta, mas seu egoísmo se manifesta de diferentes maneiras. Enquanto o homem de negócios luta para maximizar os lucros, os bu-

rocratas procuram maximizar um conjunto diferente de variáveis: poder, prestígio, imunidade, elegibilidade, salários, bonificações, oportunidades depois da aposentadoria etc. O burocrata maximiza essas variáveis inflacionando o orçamento e o tamanho do órgão administrativo. Daí Buchanan dizer que o sistema político fomenta os déficits no orçamento.

Keynes, por exemplo, nunca questionou a motivação dos políticos e burocratas porque adotava implicitamente uma “mão invisível política”, que assegurava uma confluência entre o egoísmo político e o bem público. Por exemplo, um político pode defender uma política X simplesmente porque ela é popular e irá maximizar votos. Assim, o público obtém o que quer, e o que ele quer é “bom”, e o político obtém o que quer, ainda que se importasse muito pouco com a ação que desempenhava.

Mas se o egoísmo político divergir do interesse público, desvelando a ingenuidade política de Keynes? No fundo, o que Buchanan faz é chamar a atenção para a existência de possíveis desequilíbrios smithianos na política e que deveriam ser levados em consideração como variável econômica. Quando o governo se expande em microtransações mediante criação de leis, regulamentações, subsídios, tarifas e concessões, os custos de informação sobem para o público. Ou seja, os cidadãos que desejam estar informados a respeito dos gastos públicos e da política precisam investir mais tempo e esforço reunindo informações. Para a maioria dos cidadãos, esse investimento será economicamente irracional, porque os custos de informação excedem os benefícios que eles obtêm (principalmente quando o cidadão não está entre os beneficiados). Assim, agentes públicos podem desviar gastos de programas por egoísmo político quando os custos de informação para os eleitores são altos se comparados aos benefícios derivados. Esses custos aumentam quando o governo expande as operações. Qual a conclusão lógica de Buchanan? Uma tendên-

cia na direção da expansão governamental é uma tendência em direção à separação dos atos dos políticos do conhecimento do público.

Se a pessoa não sofre direta ou indiretamente prejuízo com as microtransações entre o governo e outros, ela desconta os benefícios de obter informação sobre a ação do governo. Assim, até o ponto em que os cidadãos não vêem o prejuízo, não se importam. Pelo lado macroeconômico, as finanças públicas serão e prosseguirão sendo prejudicadas até o ponto em que os eleitores subestimam os prejuízos ou benefícios indiretos da política fiscal e monetária.

Não incluir os crimes contra a ordem tributária no rol de crimes antecedentes da lavagem de dinheiro é fruto de uma microtransação política que produz benefícios indiretos para todo mundo (desde o simples funcionário público sem reajuste salarial há oito anos e que não sai do cheque especial até uma grande empresa que precisa compatibilizar altos custos operacionais com a alta carga tributária) ao mesmo tempo em que produz prejuízos macroeconômicos para todo mundo, os quais são subestimados ou não percebidos, e as finanças públicas continuarão sendo prejudicadas até o ponto em que a sociedade acreditar que os custos de informação são altos se comparados aos benefícios derivados.

Essa perspectiva buchananiana nos leva, então, ao segundo efeito básico do crime de lavagem de dinheiro – a desestabilização da ordem econômico-financeira. Esse efeito tem tomado a atenção particular do Fundo Monetário Internacional (FMI) e da Comunidade Européia. O FMI está inclusive incluindo as medidas antilavagem implementadas como um dos pontos a ser avaliado nos países que pedem empréstimos, o que inclusive foi feito recentemente no Brasil. Alguns penalistas sublinham o efeito da lavagem sobre a administração da justiça. Apesar de relevante, é apenas um efeito reflexo, e a comunidade internacional está tentando minimizá-lo com a multiplicação

de assinaturas de Acordos de Cooperação Judiciária em Matéria Penal.

A lavagem de dinheiro é um típico fato entrópico, como se verá, pois gera desordem. Nesse caso substituímos a discussão anterior sobre os “microbens jurídicos” para definir apenas um: a ordem econômico-financeira – sendo essa a atual tendência de valoração por parte da comunidade internacional. O Parlamento Europeu e os Parlamientos de 13 dos 15 países da União Européia (UE), em fevereiro de 2002, em reunião na França, consideraram o crime de lavagem de dinheiro como “ameaça direta à estabilidade da economia global”. Assim, em que medida a ordem econômico-financeira é afetada pela escolha pública de não se punir os que “lavam” os proventos de sonegação ou fraude fiscal? A estabilidade da ordem econômico-financeira justifica a aplicação de *ultima ratio* do direito penal? Será que a proteção a esse bem jurídico substantiva tanto uma “defesa do Estado” quanto uma “defesa da sociedade civil”?

4. Os efeitos macroeconômicos da lavagem de dinheiro versus o rol de crimes antecedentes

O impacto de altos montantes no sistema econômico-financeiro é digno da atenção por parte da política criminal por várias razões. Em primeiro lugar está o fato de os bancos comerciais terem poder para criar moeda. Ao receberem recursos sob a forma de depósitos à vista, geram moeda escritural, com liquidez equivalente à moeda legal em circulação. Os depósitos geram aplicações (empréstimos) e essas, por sua vez, resultam em novos empréstimos, processo que eleva os meios de pagamento da economia. Para cada R\$ 1,00 de depósito tomado isoladamente o banco pode criar moeda até o limite de suas reservas. Esse crescimento de moeda escritural é definido pelo coeficiente de expansão do sistema, dado pela fórmula: $1/R$, em que R indica o percentual de reservas mantido pelos bancos.

Nos termos do Acordo de Basiléia de 1988, do qual o Brasil é signatário, todo banco deve ter patrimônio líquido de 8% do valor de seus ativos ponderado pelo risco. No Brasil, o sistema financeiro trabalha atualmente com uma relação mínima de 11%. Em suma, isso significa que, para cada R\$ 100,00 que o banco empresta, R\$ 11,00 devem ser garantidos com recursos próprios. Adotando esse indicador para um exercício hipotético, considerando um sistema bancário no qual os bancos mantenham reservas equivalentes a 11% do saldo dos depósitos (sem considerarmos aqui os efeitos de instrumentos de política monetária, como os depósitos compulsórios), $1/R$ seria $1/0,11$ e daria um coeficiente de expansão de 9,09 do sistema, o que significa que para cada R\$ 1,00 depositado em um banco brasileiro, em tese, pode-se criar até R\$ 9,09 de moeda escritural.

Em 2001 a Receita Federal divulgou um número muito interessante. Cerca de R\$ 825 bilhões que circulam na economia brasileira é dinheiro informal, que só foi detectado pela CPMF. Ou seja, dinheiro não associado a nenhum faturamento declarado nem a nenhum imposto pago. Isso equivale a 30% de todo o dinheiro em circulação no mercado. É quase o Produto Interno Bruto (PIB) nacional! Assim, prosseguindo em nosso exercício hipotético, se multiplicássemos esses R\$ 825 bilhões, supondo que esse dinheiro estivesse circulando no mercado sul-americano e fosse injetado no Brasil, por 9,09, teríamos geração de até R\$ 7,5 trilhões no sistema financeiro nacional, aproximadamente sete vezes o PIB nacional! É por isso que existem paraísos fiscais, países que abrem mão da tributação só para ter o dinheiro em seus caixas. Existem muitos países financiando seus déficits em Transações Correntes com dinheiro sujo. Não é à toa que a Colômbia, desde que se tornou grande produtora de drogas, nunca passou por uma recessão econômica.

O dinheiro sujo influencia o comportamento dos meios de pagamento no merca-

do. Grandes montantes podem provocar saltos em M1 (moeda em poder do público + depósitos a vista nos bancos comerciais) em períodos inflacionários! Um dos primeiros efeitos da introdução de altos montantes no sistema é o aumento da velocidade de circulação da moeda, que pode ser medida pela razão PIB/Quantidade de moeda. Se a velocidade de circulação da moeda aumenta, gera-se pressão inflacionária; se o dinheiro apenas passa pelo país e é remetido ao exterior, gera-se pressão sobre o câmbio, desvalorizando a moeda nacional. Michel Camdessus, ex-presidente do FMI, já declarava, em 1998, que a lavagem de dinheiro gerava mudanças inexplicáveis na demanda por moeda e uma maior volatilidade dos fluxos internacionais de dinheiro e de taxas de câmbio.

Todos esses movimentos citados até aqui, mais adiante, comporão a lista de fatores que fará com que o Comitê de Política Monetária (Copom) aumente a taxa de juros. Juros maiores significam dívida pública maior; moeda desvalorizada também significa dívida pública maior, pois o país ainda possui muitos títulos indexados ao câmbio. Isso se traduz em problemas para o governo para cumprir metas de superávit fiscal.

Há um fator agravante no Brasil com relação a esses pontos: o país faz fronteira com fortes produtores de drogas – Colômbia, Bolívia, Peru e Paraguai – e, como são economias pequenas, o que torna mais arriscado para traficantes lavarem expressivos montantes de dinheiro sujo, o Brasil torna-se destino certo, dado o tamanho de seu mercado financeiro e de seu volume populacional. Isso sem contar o fato de o Brasil ser rota de passagem da droga que segue para a Europa, o que significa dizer que o pagamento de muitas mulas e distribuidores atacatistas se dá no mercado brasileiro.

Cabe ressaltar ainda que a droga do vizinho nunca vem sozinha. O fato é que os centros de varejo do narcotráfico criam economias informais em torno de si. Entre grupos de traficantes normalmente viceja o co-

mércio em domicílio de roupas de grife, jóias, CDs, aparelhos eletrônicos e, ultimamente, também modernos equipamentos de esqui e de comunicação. Desse âmbito local para fora, a estrutura vai-se tornando mais complexa, e passa a envolver carros, caminhões, barcos, aviões, material e equipamento para refino de cocaína e prensagem de maconha, profissionais especializados, aeroportos clandestinos ou não, documentação, comércio de armas e de dólares, pirataria, evasão fiscal etc. Cria-se um Estado paralelo, informal, que no Brasil tem um “PIB” de R\$ 825 bilhões!

Os movimentos de capital induzidos pelas tentativas de lavar dinheiro não são promovidos por questões econômicas fundamentais, tais como tentativas de tirar proveito de diferenças de taxas de juros ou de câmbio ou mesmo de baixas alíquotas tributárias. Em vez disso, os movimentos são induzidos por diferenças de controles e regulamentos que tornam a atividade de lavagem menos arriscada em alguns países do que em outros, mesmo que isso proporcione taxas de retorno mais baixas. Portanto, esses ativos seguem caminhos opostos aos que seriam indicados pelos princípios fundamentais da economia. O dinheiro pode fluir para fora de países com políticas econômicas sólidas e taxas de retorno mais altas para países com políticas mais frágeis e taxas de retorno mais baixas, num aparente desafio às leis econômicas! Como resultado, o capital tende a ser investido de forma menos otimizada do que seria se não fosse de origem ilegal. A taxa mundial de crescimento diminui não apenas como causa do impacto das atividades criminosas na alocação de recursos, mas também como causa da alocação do produto de tais atividades (TANZI, 1996, p. 45). Estamos diante de um fenômeno que ri do clássico modelo Heckscher-Ohlin! Não é à toa que a UE define o crime de lavagem de dinheiro como “ameaça direta à estabilidade da economia global”.

Como se observa, os formuladores de política em países caracterizados por altas ta-

xas de inflação, taxas supervalorizadas de câmbio e grandes déficits fiscais tendem a ser menos propensos a modificar suas políticas se receberem uma forte injeção de capital externo. Em nível nacional, entradas e saídas volumosas de capital podem impactar o comportamento de variáveis de forma significativa – como as taxas de câmbio e de juros (Peter J. QUIRK (1997), em estudo para o FMI sobre lavagem de dinheiro, já concluíra que, à medida que a procura por dinheiro parece se deslocar de um país para outro em função da lavagem, ela passa a ter consequências negativas sobre a volatilidade das taxas de juros) e preços de ativos específicos, como, por exemplo, imóveis. Em alguns países identificados com atividades de lavagem de dinheiro, aumentos imprevistos têm ocorrido nos preços de certos ativos (terra, casas, *flats* etc.) que não podem ser explicados por alterações de política econômica.

Quando as taxas de câmbio flutuam livremente, como no Brasil, o influxo de grandes quantias de dinheiro lavado pode resultar em valorização das taxas e/ou em expansão da base monetária. A valorização da taxa de câmbio reduziria a competitividade dos setores exportadores mais tradicionais e geraria maiores importações. Na ausência de intervenção política de esterilização, o aumento da base monetária tenderia a pressionar os preços internos para cima, gerando a pressão inflacionária citada anteriormente. Ao enfrentar essas dificuldades, os formuladores de política nacionais seriam forçados a apertar a política fiscal para criar superávit orçamentário que poderia ser utilizado para esterilizar os efeitos monetários dos influxos de capital.

Numa perspectiva buchaniana, a política se aproxima de fato de uma atividade econômica: a decisão política que manuseia o rol de crimes antecedentes da lavagem de dinheiro, processo que amplia ou não o tipo penal, o que significa que amplia ou não a repressão do Estado sobre este crime – processo que define o uso ou não de *ultima ratio*

do direito penal sobre o fato real –, tem poderes para, indiretamente, fomentar ou não o déficit orçamentário, o que, em última instância, dependerá da escolha pública.

Não se pode esquecer dos efeitos macroeconômicos sobre a distribuição de renda. QUIRK (1997, p. 8) levantou indícios de que os recursos subtraídos pela evasão fiscal tendem a ser canalizados para investimentos mais arriscados e de maior rentabilidade no setor das pequenas empresas, e também de que a evasão fiscal predomina nesse setor. Assim, à medida que a atividade criminosa redireciona a renda de altos poupadores para baixos poupadores, ou de investimentos sólidos para investimentos arriscados, de baixa qualidade, como já colocado, o crescimento econômico do país sofre. Por fim, o estudo de QUIRK encontrou indícios de que reduções significativas nas taxas anuais de crescimento do PIB de alguns países estavam associadas com aumentos na lavagem do produto do crime.

Por tudo isso é que a estratégia política adotada pelo legislador brasileiro merece algumas observações. Primeiramente, o *caput* do art. 1º da Lei nº 9.613/98 limitou o campo de incidência de infrações penais antecedentes a crimes. No Brasil há diferença entre crime e contravenção penal. A diferença básica é que nesta há prisão simples (sem rigor penitenciário) e a pena cominada pode ser apenas a de multa. O jogo do bicho, por exemplo, uma das maiores chagas da criminalidade nacional, é uma contravenção penal e não um crime. Assim, se um bicheiro introduz proventos do jogo no sistema financeiro para ocultar ou dissimular a origem, não estará praticando crime nenhum, por maior que seja o montante. Há hoje um vácuo legislativo com relação ao bingo. Foi editada medida provisória dando à Caixa Econômica Federal poder para fiscalizar e licenciar, mas necessita de regulamentação. O Poder Judiciário tem atrapalhado bastante a fiscalização e repressão da Caixa, pois tem concedido liminares contra o descredenciamento de várias dessas atividades.

Atualmente proliferam-se no Brasil as máquinas de caça-níqueis. Só no Distrito Federal (DF), onde a incidência não é tão alta quanto em algumas cidades do Nordeste e Sudeste, estima-se que cada máquina arrecade R\$ 3 mil por mês. É um negócio que movimenta R\$ 40 milhões por ano só no DF. É típico jogo de azar cujos proventos podem ser injetados no sistema financeiro sem risco de incriminação, pois o jogo é mera contravenção penal.

O mesmo ocorre com a promoção de loterias não autorizadas, nacionais ou estrangeiras, que também é contravenção penal. No bilhete de loteria não se consigna nome ou CPF, o que o transforma num título ao portador. Estima-se que há cerca de 9 mil revendedores lotéricos no país, os quais podem comprar bilhetes premiados para fins de lavagem. Outra contravenção é o comércio clandestino de obras de arte, um dos mercados mais utilizados atualmente para a lavagem de dinheiro. Muitos bancos europeus têm aceitado sem maiores problemas obras de arte como garantia para empréstimos, muitas das quais furtadas ou roubadas. No Brasil, qualquer pessoa poderia furtoar ou roubar obras de arte caríssimas, oferecê-las como garantia de um empréstimo correspondente ao seu valor, para, em seguida, não pagar o empréstimo: o banco ficaria com um bem sujo e o criminoso com dinheiro limpo (com uma origem a ser declarada), e ele não seria punido por isso.

Em segundo lugar, como já mencionado, estão ausentes do rol do art. 1º os crimes contra a ordem tributária. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), a maior fonte de lavagem de dinheiro do mundo é a evasão fiscal, seguida pela corrupção. É, assim, oportuno ressaltar que a EM nº 692/MJ, apesar de rogar por uma suposta “política criminal transnacional”, apresenta uma lei que não atende essa política, uma vez que a evasão fiscal, repita-se, é a maior fonte de lavagem de dinheiro do planeta. O Brasil sequer pode extraditar os que causam rombos fiscais em outras partes do mundo.

A título de quantificação, até outubro de 2003 a indústria devia R\$ 5,3 bilhões ao Fisco, o comércio devia R\$ 4,8 bilhões e o setor financeiro devia R\$ 2,3 bilhões. Segundo o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (Etco), o volume de combustíveis vendido irregularmente corresponde a R\$ 3,1 bilhões por ano de sonegação fiscal; as tubaínas (refrigerantes mais baratos) cresceram sua participação no mercado de 5%, há dez anos atrás, para 40%, hoje; no setor de cigarros, produtos contrabandeados ou que não pagam impostos representavam 8% a 10% do mercado e agora representam 33%. Em audiência pública promovida pela Comissão de Seguridade Social e Família, da Câmara dos Deputados, foi dito por auditores fiscais da Previdência Social que o governo tem R\$ 100 bilhões para cobrar de sonegadores na Justiça. O ministro Berzoini, por sua vez, divulgou uma lista com mais de 170 mil nomes de devedores que, juntos, devem R\$ 153 bilhões à Previdência. Segundo a CPI da Pirataria, R\$ 10 bilhões é o rombo fiscal provocado pela pirataria por ano. A que número chegaríamos se fosse somado a estes todo o dinheiro que não paga imposto proveniente das contravenções penais citadas anteriormente? Se continuarmos a citar exemplos e formos somar todos esses valores, talvez chegássemos ao número de R\$ 825 bilhões, já certamente fruto do efeito multiplicador financeiro, divulgados pela Receita Federal. E isso num país que, só em 2003, pagou R\$ 137 bilhões com despesas da dívida da União, estados, municípios e empresas estatais.

Será que essas modalidades de crimes são condutas dotadas de tal periculosidade (criadora de riscos) a ponto de alcançar o núcleo de garantia e proteção da norma jurídica de lavagem de dinheiro, que expressa um bem jurídico – a ordem econômico-financeira? Se a resposta for positiva, então se pode falar em um fato penalmente relevante, uma vez que, sob o signo do direito penal da ofensividade, deve ser incluído como crime antecedente à lavagem de

dinheiro aquele que proporciona uma concreta ofensa ao bem jurídico protegido – *nullum crimen sine iniuria*.

5. *Os instrumentos buchananianos do Brasil*

A escola da Escolha Pública, de Buchanan, alerta-nos ainda para outro aspecto da questão. O Brasil não é um país bastante atrativo para a lavagem de dinheiro apenas por fazer fronteira com produtores de drogas e por ser rota de passagem e, também, praça de consumo. Há outras variáveis que agravam todos aqueles efeitos macroeconômicos citados. Devido ao tamanho geográfico do país, à complexidade de seu mercado, ao fato de a máquina administrativa ser muito grande e o ordenamento jurídico ser instável e saturado de leis e regulamentos, e ainda cheio de lacunas, o custo de se obter informações sobre as expansões do governo é muito alto. Exemplo claro disso são as contas de não residentes (conhecidas como contas CC5), em sua versão de 1988, vigente até os dias de hoje. Há em torno de 4.300 dessas contas no mercado. O Brasil é único no mundo em pelo menos um aspecto: sua moeda é e não é livremente conversível ao mesmo tempo! Uma excentricidade. A rigor, nossa moeda não é livremente conversível. Mas torna-se por meio de um instrumento buchananiano precário – as CC5.

Estamos novamente diante de uma expansão governamental – uma microtransação que visou o fim do dólar paralelo e o retorno de capitais que estavam fora do país (fruto da evasão fiscal e dos super e subfaturamentos de importações e exportações da década de 1980, num momento histórico em que o governo passava a desconfiar que todo o problema de sua economia tinha raiz fiscal), feita por meio de regulamentações (Resolução nº 1.555/88 do Conselho Monetário Nacional e Circular nº 2.259/92 do Banco Central) – que significa uma clara separação do ato político do conhecimento do público.

Oficialmente, para o público, o real não é livremente conversível. No atual regime, os exportadores são obrigados a trazer e converter, no país, a moeda estrangeira resultante da venda de suas mercadorias. Necessariamente, portanto, a exportação gera oferta doméstica de moeda estrangeira. Em diversos países onde a livre conversibilidade foi adotada, tal contrapartida não é exigida – se o exportador quiser, ele pode receber o dinheiro no exterior. Todavia, há uma incoerência nas regras nacionais. O mesmo exportador que é obrigado a trazer a moeda estrangeira, no momento seguinte, pode remeter de novo os recursos ao exterior sem dar qualquer motivo, uma vez que é permitido a qualquer pessoa física ou jurídica remeter o dinheiro a título de constituição de disponibilidade no exterior, usando a conta de uma instituição financeira não residente (CC5 versão 1988). Então o que de fato significa o discurso antigo do Banco Central, conhecido desde 1995, da necessidade de tornar o real livremente conversível? Na prática, como as remessas já podem ser feitas via CC5, seria apenas uma mera desburocratização, nada mais.

Apenas a título de exemplificação, a livre conversibilidade implicaria o fim dos prazos mínimos para empréstimos e financiamentos externos que as empresas brasileiras têm que observar, de 90 dias ou mais, dependendo do caso. Na prática, uma empresa que pretende pagar antes do prazo pode remeter os recursos via CC5, a título de constituição de disponibilidade. Mas certamente os credores externos não gostam e estranham muito isso, uma vez que, contabilmente, a transação não fica transparente.

No Brasil, esse instrumento buchananiano produz uma demanda por moeda que se desloca do país para outros países em função da lavagem, o que passa a ter conseqüências negativas sobre a volatilidade das taxas de câmbio e de juros e sobre o preço de vários ativos, como já analisado no item anterior.

Um lavador, para esconder o seu nome, pode abrir uma empresa no Brasil mesmo –

de preferência num ramo que movimente bastante dinheiro em espécie, como uma *factoring*, um restaurante, um hotel, uma prestadora de serviços etc. (aqueles ramos que os economistas sempre estranham porque resistem bem aos ciclos econômicos em países com baixa poupança interna!) –, só para não movimentar montantes no sistema bancário em nome próprio, ou ir logo ali no Uruguai, paraíso fiscal mais próximo do Brasil, e abrir uma Sociedad Financiera de Inversion (Safi), companhia *offshore* muito popular, em que, mediante pagamento de um imposto de 0,3% sobre o capital acionário, o investidor pode colocar e sacar no Uruguai qualquer quantia com anonimato garantido. Se o esquema envolver fluxos frequentes, nosso lavador pode ainda abrir uma *holding* num país com uma legislação fiscal branda. A *holding* é uma empresa que mantém o controle sobre outras (subsidiárias) pela posse majoritária das ações. Em geral, ela não produz nada. Empresas desse tipo constituem um dos estágios mais avançados da concentração de capital, que devem fazer Marx se contorcer em seu túmulo, pois podem controlar um capital muito maior que o seu, auferindo lucros desproporcionalmente elevados.

Para mandar o dinheiro para fora, a empresa procura um banco autorizado a operar com câmbio e pede para depositar seus reais, provento de crime, numa CC5, a título de disponibilidade no exterior, modalidade que não depende de respaldo documental (art. 10, § 1º, da Circular nº 2.677/96 do Banco Central). Permite-se, estranhamente, que as remessas de disponibilidades sejam registradas na rubrica Transferências Unilaterais do balanço de pagamentos (PROGRAMA..., 2000, p. 33-34). Assim, aparecerá um sinal negativo nela, o que contribuirá para reduzir o saldo das Transações Correntes (soma da Balança Comercial, Balança de Serviços e Transferências Unilaterais).

Vamos supor que o dinheiro tenha ido para um banco nas Bahamas – ilhas que fazem parte do grupo de paraísos fiscais lis-

tados pelo Banco Central que ocupam o terceiro lugar no *ranking* dos maiores investidores externos no Brasil, ao lado das ilhas Cayman, Luxemburgo, Bermudas e Ilhas Virgens Britânicas –, titular daquela CC5 no banco brasileiro, e tenha sido misturado com recursos não identificados de outras partes do mundo, constituindo um fundo de investimento. Então esses recursos retornam ao Brasil, sob a forma de capital estrangeiro, com direito à isenção tributária.

O dinheiro vai entrar pela conta de Capital do balanço de pagamentos, registrando um sinal positivo, que, todavia, gerará um sinal negativo nas Transações Correntes, pois os rendimentos retornam para o exterior. E esse fundo certamente comprará títulos da dívida pública brasileira, pois estão entre os que mais rendem no planeta. Assim, como se observa, o Brasil perdeu receita fiscal e, no resultado consolidado, não teve qualquer ganho, porque, se o dinheiro que agora entra pela conta de Capital financia um eventual déficit na conta de Transações Correntes, ele já havia saído por esta, desajustando-a num primeiro momento. E, além disso, o país ainda se torna devedor do lavador! Se esse dinheiro for fruto de sonegação fiscal, o Brasil torna-se devedor de um sonegador por causa do dinheiro que ele retirou da *res publica*!

Tecnicamente, como se observa, a falta de ganho é, na verdade, perda para o país. Esse mesmo dinheiro que deu registro de entrada pela conta de Capital pode voltar a passear pelo exterior a título de disponibilidade sem que o remetente dê o registro de baixa da entrada, como exige a Lei nº 4.131/62. O Banco Central tem um sistema de registro (Sisbacen), outro instrumento buchamaniano, que sequer critica se uma remessa é anotada anos após ter acontecido. O artigo 11 da Circular nº 2.677/96 determina que o banco depositário dos recursos deve registrar no Sisbacen, no mesmo dia em que forem realizadas, todas as transferências internacionais em reais. No entanto, análises periciais a pedido do Ministério Público

Federal já chegaram a demonstrar que centenas de operações de câmbio são registradas no Sisbacen fora desse prazo, atingindo, em alguns casos, 6 anos após a data em que a operação de câmbio fora realizada! É um sonho para qualquer lavador. Esse dinheiro gera um efeito multiplicador que só traz ganhos crescentes para o seu dono e perdas crescentes para o Fisco, sem contar os problemas de política monetária para o Banco Central, uma vez que, como já colocado, variações na base monetária estão diretamente vinculadas ao saldo do balanço de pagamentos e ao desempenho financeiro do setor público.

Mas o dinheiro que voltou por um fundo de investimento pode voltar de outras formas também. Vamos supor que o dinheiro tenha sido depositado, lá nas Bahamas, na conta de uma empresa especialmente criada para receber essas quantias. Algum tempo depois, uma *Trust*, uma *Holding* ou uma S.A de qualquer nome, contanto que possa atuar como “investidor estrangeiro” perante a Lei nº 4.131/62, realiza com esse dinheiro um Investimento Externo Direto (IED) no Brasil em uma empresa do mesmo grupo daquela criada nas Bahamas. Ou seja, o nosso criminoso tornou-se, de forma oculta, um investidor em moeda estrangeira de seu próprio grupo empresarial no Brasil! Mas se ao invés de escolher mandar por IED optar por um empréstimo à empresa brasileira, o nosso criminoso tornar-se-á, então, credor em dólares (e não em reais, frise-se) de suas próprias empresas no Brasil! E assim a dívida externa privada só cresce.

Pode-se ainda lucrar no Brasil com outro instrumento buchaniano: o fato de o país possuir dois mercados de câmbio – o flutuante e o livre –, e com cotações cambiais distintas, outra excentricidade no sistema financeiro mundial! Assim, como não há lei que impeça, pode-se trazer o dinheiro por um e levá-lo embora pelo outro, ganhando-se na diferença da variação. Isso é um sonho para qualquer doleiro. O Brasil, só por possuir esses dois mercados de câmbio,

um fenômeno sem qualquer razão plausível, financia todos os grandes doleiros do mercado. Ou seja, o país possui uma legislação que pune doleiros (arts. 21 e 22 da Lei nº 7.492/86) e, ao mesmo tempo, um sistema financeiro que os premia. É uma incongruência perturbadora.

O dinheiro de nosso criminoso também poderia ter saído pela conta de Capital, a título de capital de curto prazo, empréstimo, financiamento ou investimento. Nesse caso, apareceria um sinal negativo nessa conta, que, em contrapartida, geraria um sinal positivo nas Transações Correntes, pois, em tese, deveria haver pagamento de juros ou dividendos para o Brasil. Contudo, infelizmente, não é o que acontece. Perceber-se-á, com o tempo, que o dinheiro só sai, nunca volta. As disponibilidades no exterior, que, na verdade, são capitais de curto prazo, deveriam sair pela conta de Capital e retornar ao país dentro de 360 dias, conforme orientações do FMI para capitais dessa natureza. Mas nunca voltam. Sequer existe no Brasil previsão regulamentar de retorno desse dinheiro nesse prazo. Se voltar, muito frequentemente será na forma de aplicação de um fundo de investimento “estrangeiro” ou de investimento “externo” direto ou de empréstimo “do exterior”!

Toda a sociedade sai perdendo com isso. Os saldos (déficits ou superávits) do balanço de pagamentos como um todo repercutem no nível das reservas cambiais do país. Os déficits implicam redução das reservas. As situações clássicas de insolvência externa decorrem de reduções comprometedoras no nível de reservas, sejam por Transações Correntes cronicamente deficitárias, como foi o caso do Brasil durante toda a década de 90, seja por interrupções nos financiamentos compensatórios, pela conta de Capital, dos registros negativos nas balanças comercial e de serviços.

Para o criminoso, sem qualquer patriotismo num mundo globalizado, pelo menos o dinheiro retorna “limpo”, pois se ocultou ou se dissimulou a origem. Se todo esse es-

trago macroeconômico foi provocado por altas quantias de dinheiro sonogado ou fruto de fraude fiscal, apesar de ter afetado o bem jurídico tutelado pela Lei nº 9.613/98, o agente não será punido por isso, pois não há crime de lavagem de dinheiro.

Mas suponhamos que a lei mude e incorpore os crimes contra a ordem tributária no rol de crimes antecedentes. O nosso sonogador, contratando um brilhante advogado, poderia defender-se em juízo alegando, num derradeiro esforço, diante de provas irrefutáveis, para escapar da pena mais rígida, que de forma alguma seu crime de vários anos atingiu o bem tutelado pela Lei nº 9.613/98, pois, tecnicamente, as reservas cambiais do país foram recompostas, dado que os recursos transferidos em dólar ao exterior (pelas CC5) acabaram por ingressar em divisas ao país, sob a forma de investimentos, empréstimos etc. Ou seja, não haveria sequer evasão de divisas!

A grande questão é: os reais transferidos ao exterior em moeda forte (dólar) e reingressados, igualmente em moeda forte, na forma de empréstimos, IED, financiamentos ou compra de ativos recompõem ou não as reservas? Em primeiro lugar, como já colocado, nem todos os recursos que saem voltam. Segundo, se o dinheiro saiu em dólar é porque esses dólares já haviam sido captados pelo país anteriormente, muitos sob as modalidades de empréstimos, financiamentos, comércio exterior, venda de ativos etc., e sobre os quais já incidem juros, *royalties*, dividendos, pagamentos de comissões, taxas etc. Ou seja, existe um efeito multiplicador nefasto por trás, pois o país voltará a ser onerado, quando o dinheiro voltar, pelos mesmos tipos de encargos que já estão sendo pagos. Terceiro, se o objetivo era lavar o dinheiro, ocultar a origem, ele retorna contabilizado como um patrimônio externo. Não é mais reserva do Brasil. Portanto, não existe, tecnicamente, a recomposição. Mas o nosso sonogador pode ficar tranquilo, poderá vir a ser condenado por crime contra a ordem tributária, com pena máxima abstra-

ta de 5 anos, e de evasão de divisas, com pena máxima de 6 anos, mas não por crime de lavagem de dinheiro, que poderia deixá-lo por até 10 anos preso.

Por fim, a realidade que salta aos olhos é que os prejuízos são sempre subestimados em comparação ao custo da informação sobre a decisão política, sobre a expansão governamental, sobre as microtransações do governo. Os órgãos de fiscalização brasileiros não se comunicam. Há registros no Sisbacen de pessoas que mandaram milhões de reais por CC5 para o exterior e até hoje a Receita Federal os declara isentos de imposto de renda. A administração pública brasileira não consegue sequer identificar laranjas! Para completar, o Sisbacen não critica CPFs falsos, números de praças bancárias inexistentes, nem o registro posterior de operações. O Tribunal de Contas da União já levou um susto, depois de analisar remessas para o exterior, que as operações tinham sido registradas muito tempo depois de terem acontecido com a cotação cambial do dia do registro! Além disso, não há qualquer critério para se definir por que mercado sai e entra o dinheiro, se pelo livre ou pelo flutuante. Isso dificulta identificar o que voltou do que saiu, e vice-versa. Nem se sabe ao certo a que título sai o dinheiro e em que conta ele é registrado no balanço de pagamentos. Nem se sabe se os registros do balanço estão corretos, pois há sinais negativos lançados que nunca produzirão os positivos, e vice-versa. O Tesouro é que vai bancar tudo nos Erros e Omissões. Isso nos faz refletir se existe algum número confiável divulgado no país! É um paraíso para qualquer lavador.

Por tudo isso o Brasil é um excelente mercado de passagem de dinheiro sujo. O FBI norte-americano já considera o Brasil um importante centro de lavagem, com cerca de 2,5% do movimento global, segundo sua estimativa.

Alguns eventos recentes da História – privatizações em grande escala de empresas públicas, o crescimento dos mercados de valores de vários países em desenvolvi-

mento, a diversificação crescente dos instrumentos financeiros disponíveis no mercado internacional, o mercado de derivativos, o crescimento de fundos de *hedging*, a crescente parcela de capital internacional controlada por entidades oficialmente localizadas em paraísos fiscais, a ausência de controles regulatórios rígidos (como as CC5) e a escassez de capital em muitos países – criaram mercados para grandes influxos e refluxos de capital financeiro internacional bem como as condições para a alocação anônima desses recursos. No Brasil especificamente, como se percebeu, torna-se muito difícil distinguir entre movimentos de capital estimulados ou induzidos por diferenças de política econômica e movimentos de capital gerados por tentativas de ocultar ou dissimular suas origens.

6. Conclusões

Observou-se, em face do exposto, que o crime de lavagem de dinheiro não é um crime qualquer. Uma de suas peculiaridades, talvez compartilhada por outros crimes de caráter financeiro, é a produção de efeitos difusos por toda a sociedade. Em outras palavras, ele afeta tanto o Estado quanto o cidadão comum. Se as taxas de juros estão muito altas, a lavagem de dinheiro pode ser uma das causas; se os preços de imóveis não param de subir num pequeno bairro litorâneo, a lavagem de dinheiro pode ser uma explicação; se o real deu um salto de desvalorização em certo período, a lavagem de dinheiro pode estar por trás; se a taxa anual de crescimento do PIB está caindo ou o governo tem dificuldades para cumprir suas metas de superávit fiscal, a lavagem de dinheiro pode ser uma variável importante.

Observou-se ainda, a partir deste estudo a respeito do primeiro artigo da nossa lei de lavagem de dinheiro, confrontando-o com a realidade social, política e econômica em que se insere, que as teses da escola da Escolha Pública, de James M. Buchanan, são perfeitamente aplicáveis à realidade brasileira.

Outrossim, concluiu-se que o crime de lavagem de dinheiro possui autonomia axiológica e, portanto, ofende bem jurídico específico – a ordem econômico-financeira, conforme já declarado pelos parlamentos europeus em fevereiro de 2002. Analisou-se como esse bem jurídico é afetado pelo crime, o que justifica a aplicação política de *ultima ratio* do direito penal. Todavia, ficou claro que o tipo penal da lavagem de dinheiro encontra-se deficiente e destoante da realidade no Brasil. Na perspectiva da escola da Escolha Pública, a expansão governamental gerou uma separação do ato político de concepção do crime do conhecimento do público. Como resultado, o bem jurídico tutelado pela lei continua sendo ferido e ameaçado de forma penalmente irremediável sem que a sociedade civil tenha consciência disso, pois subestima o custo.

O presente trabalho, portanto, demonstra a necessidade de as análises jurídicas, tanto em nível doutrinário quanto jurisprudencial, incorporarem outras variáveis, como o descompasso fático apontado por Buchanan entre decisão política e bem público, que podem ser tomadas emprestadas de outros ramos do saber, como a economia, num saudável processo interdisciplinar, sob pena de o discurso jurídico tornar-se falacioso e estéril.

Bibliografia

- ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado financeiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- BUCHLOZ, Todd G. *Novas idéias de economistas mortos*. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro*. 15. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002.
- GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbios no Brasil: as peripécias da moeda nacional e da política cambial, 500 anos depois*. São Paulo: BM & F, 2000.
- GOMES, Luis Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- IZAGUIRRE, Mônica. Conversibilidade do real poderá eliminar CC5. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 8 nov. 1999.

- LARRAIN, Felipe B.; SACHS, Jeffrey D. *Macroeconomia*. São Paulo: Makron Books, 1995.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PROGRAMA DE ESTÍMULO À REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (Brasil). *Pela ética na gestão do Sistema Financeiro Nacional: a promiscuidade público-privado com especial menção às contas CC5*. São Paulo: Loyola, 2000.
- QUIRK, Peter J. Lavagem de dinheiro: sujando a macroeconomia. *Finanças & Desenvolvimento*, [S. l.], mar. 1997.
- TANZI, Vito. Lavagem de dinheiro e o sistema financeiro internacional. *Mercosul: Informações Seleccionadas*, [S. l.], n. 19, set./dez. 1996.
- TOSCANO, Idalvo. O Brasil e as reformas liberais do anos 1990: deu no que deu! *Argumento Inesc*, [S. l.], n. 9, out. 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e
Controle do Senado Federal**

Transparência no processo orçamentário

Luís Otávio Barroso da Graça

Sumário

Sumário da matéria. 1. Transparência no processo orçamentário. 2. Conclusão.

Sumário da matéria

A legislação e a prática relativas à matéria orçamentária evoluíram muito na história recente do país. Tal evolução, entretanto, não se mostra suficiente para garantir um nível de transparência que assegure à sociedade um adequado exame do desempenho do país no que se refere à sua gestão financeira. Isso porque as normas sobre finanças públicas priorizam sobretudo os aspectos da legalidade e do desempenho fiscal, deixando em segundo plano os aspectos relativos à legitimidade e à economicidade.

1. Transparência no processo orçamentário

A transparência deve ser conceito de presença assídua em tudo que se relaciona ao setor público. A todos os debates e a todas as ações de governo, exceção feita aos casos em que o sigilo das informações seja uma necessidade (como em situações de segurança nacional), deve ser dada ampla publicidade, de modo que se possa garantir aos cidadãos, clientes desse governo, pleno conhecimento das decisões que lhes possam afetar o cotidiano. Isso torna possível o aperfeiçoamento da produção resultante do exer-

Luís Otávio Barroso da Graça é mestrando em Economia do Setor Público pela UnB, Consultor de Orçamentos do Senado Federal, ex-Auditor Fiscal da Receita Federal, ex-Analista de Finanças e Controle da Secretaria Federal de Controle Interno, engenheiro pelo ITA.

cício das funções de Estado, na medida em que se dão condições de os próprios beneficiários dessa produção avaliarem os resultados dela advindos e, eventualmente, pelo exercício da cidadania¹, exigirem as correções necessárias. Na verdade, a transparência no setor público, mais do que instrumento para o exercício da cidadania, é condição necessária para a existência desta, vez que indivíduos mal informados sobre o conjunto de direitos e obrigações existentes entre eles e o Estado não estão aptos a plenamente cumprir seus deveres e a gozar de seus direitos. Particularmente em relação à matéria orçamentária, é importante a noção de cidadania fiscal. Segundo TORRES (2000, p. 148):

“A cidadania em sua expressão moderna tem, entre os seus desdobramentos, a de ser *cidadania fiscal*. O dever/direito de pagar impostos se coloca no vértice da multiplicidade de enfoques que a idéia de cidadania exige. Cidadão e contribuinte são conceitos coextensivos desde o início do liberalismo.

Registre-se que cuidaremos aqui da *cidadania fiscal em seu sentido amplo*, que abrange, além da problemática da receita, os aspectos mais largos da *cidadania financeira*, que, compreendendo a vertente da despesa pública, envolve as prestações positivas de proteção aos direitos fundamentais e aos direitos sociais e as escolhas orçamentárias, questões que apresentam o maior déficit de reflexão teórica no campo da cidadania. Cidadania fiscal é, sobretudo, *cidadania orçamentária*.” [grifos no original]

A transparência é, então, instrumento para o exercício da cidadania e condição necessária para a existência desta. Mas o que pode ser entendido por “transparência”? Tal conceito pode referir-se ao acesso às manifestações ou às ações do Poder Público. Nesse caso, essas manifestações ou ações seriam tanto mais transparentes quan-

to mais pessoas delas tivessem conhecimento e sobre elas pudessem formar algum juízo. E é nesse ponto que se coloca a idéia de inteligibilidade, ou clareza², para se chegar à correta noção de transparência. Um certo dado, para que possa ser útil à formação de opiniões, deve não somente ter ampla publicidade, mas também ser compreensível. No mesmo sentido é a lição de VICCARI JÚNIOR et al. (apud CRUZ, 2002, p. 184):

“Há que se registrar que a expressão *transparência*, abordada nesse Capítulo da Lei [Capítulo IX – Da Transparência, Controle e Fiscalização – da LRF], não se confunde com o princípio da publicidade, insculpido na Constituição Federal, pois não basta a *divulgação* dos atos e dos *números* de gestão, mas é necessário que esta seja efetuada de forma que a população em geral tenha condições de interpretá-los.” [grifos no original]

No que diz respeito aos orçamentos, a transparência, do modo como está sendo definida, é uma questão fundamental. A legislação financeira do Brasil evoluiu muito, desde 1964, quando entrou em vigor a Lei nº 4.320, norma que estabeleceu padrões para a escrituração das contas públicas e para a elaboração de balanços para os três níveis de governo e instituiu o controle interno ao lado do externo. A atual Constituição também representou passo adiante, na medida em que devolveu ao Legislativo a prerrogativa de propositura de emendas ao projeto de lei do orçamento (a qual havia sido perdida na Constituição de 1967) e deu novo sentido ao princípio da universalidade³, o qual é considerado indispensável para o controle parlamentar sobre as finanças públicas. Além disso, aumentou as atribuições dos controles externo e interno e ampliou este último, determinando que os três Poderes o mantivessem. A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei Complementar nº 101/2000, por fim, estabeleceu regras para o uso dos recursos públicos de acordo com alguns parâmetros de desempenho fis-

cal, principalmente no que se refere ao endividamento do setor público, às despesas de duração continuada e aos gastos com pessoal (Cf. NASCIMENTO, 2001, p. 10).

A evolução das normas de finanças públicas vem contribuindo decisivamente para a divulgação de fatos e dados relacionados à matéria orçamentária. Nesse particular, o advento da Internet tornou tal objetivo muito mais fácil, na medida em que leva, para quem tiver acesso à grande rede, todas as informações disponibilizadas pelo governo. A Lei de Responsabilidade Fiscal mesma, contemporânea a seu tempo, prevê em diversos de seus dispositivos que aos instrumentos de transparência de gestão fiscal seja dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público (exemplo disso é a redação do *caput* do art. 48 da referida lei). Não obstante a garantia de ampla acessibilidade às informações financeiras, não existe, ainda, garantia de que tais informações sejam de fácil compreensão pelo conjunto da sociedade. TOLEDO JÚNIOR e ROSSI (2001, p. 211), em seus comentários ao art. 48 da LRF, assim anotam:

“Neste ponto, importante refletir, o ordenamento anterior à Lei Complementar nº 101/00 já requeria um sem-número de publicações de desempenho financeiro (...). A população, e mesmo os que titularizam o controle externo, os Vereadores [no caso dos municípios], pouco entendem desses documentos, tornando-os peças inúteis e, no mais das vezes, dispendiosas ao Tesouro. É a dificuldade do leigo de interpretar uma peça financeira, porquanto não pode ele compará-la com padrões reconhecidos ou com o desempenho havido em Municípios semelhantes. (...)

Bem melhor que enunciar, na imprensa ou na Internet, os números frios de receita e despesa é transparecer se houve, de fato, eficiência na aplicação do dinheiro recolhido compulsoriamente da população.”

Na seqüência dos comentários sobre o art. 48, os mesmos autores listam uma série de informações que poderiam ser disponibilizadas relativamente a um orçamento municipal. Por exemplo, citam “custo padrão de um pronto-socorro X custo do pronto-socorro local” e a “porcentagem média estadual de crianças entre 4 e 6 anos matriculadas na pré-escola X porcentagem do Município em foco”. Observe-se que dados desse tipo, além de serem bastante úteis à população e ao controle social por ela exercido por meio dos instrumentos democráticos apropriados (manifestações, voto), vão ao encontro das atribuições dadas pelo art. 70 da Constituição às atividades de controle e pelos incisos I e II do art. 74 ao controle interno. São as seguintes as redações desses dispositivos:

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”
(...)

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.”

Importante, nesse ponto, avaliar os conceitos mencionados pelos dispositivos

transcritos. Na lição de TORRES (2002, p. 180-181):

“A *fiscalização contábil* é a que se faz através dos registros contábeis, dos balanços, da escrituração sintética, da análise e interpretação dos resultados econômicos e financeiros. Abrange as outras modalidades de fiscalização, pois a contabilidade pode ser financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial.

A *fiscalização financeira* tem por objeto o controle da arrecadação das receitas e da realização das despesas.

A *fiscalização orçamentária* é a que se exerce sobre a execução do orçamento. Tem por fim precípua, através da contabilidade, das análises e das verificações, mensurar o nível de concretização das previsões constantes da lei anual.

A *fiscalização operacional* visa ao controle das operações de crédito e de despesas que não constem da previsão orçamentária.

A *fiscalização patrimonial*, que se exerce pela contabilidade ou pelas inspeções e verificações, tem por objetivo o controle da situação e das modificações dos bens móveis e imóveis que constituem o patrimônio público.”

O conceito de legitimidade relaciona-se ao exame de mérito, de modo que se verifica que se determinada despesa atende, de fato, aos objetivos propostos nas peças orçamentárias, guardando, nesse caso, correspondência com os anseios da sociedade. O conceito de economicidade, por seu turno, refere-se ao exame dos gastos em relação ao benefício (Cf. SILVA, 1998, p. 715).

Informações que permitissem a análise das ações de governo de maneira mais fácil para o conjunto da população também atenderiam, principalmente, à fiscalização orçamentária quanto aos aspectos de legitimidade e de economicidade, mormente quando se levam em conta as mais recentes

considerações a respeito desse tema, já inclusive previstas nas finalidades que a Constituição definiu para o controle interno. O exame dos resultados da gestão dos recursos públicos quanto à eficácia compreende, segundo GIACOMONI (2001, p. 307-308), a avaliação do “grau em que os objetivos e as finalidades do governo (e de suas unidades) são alcançados”. De acordo com o mesmo autor, “o teste de eficiência na avaliação das ações governamentais busca considerar os resultados obtidos em face dos recursos disponíveis”; isso significa perguntar se o retorno de determinada ação governamental cobre o custo de oportunidade (relativamente a outra ação) dos recursos despendidos na sua execução e, ainda, se esse retorno é o maior possível. Somado à avaliação desses dois aspectos, um terceiro há que ser considerado: a efetividade. GIACOMONI, citando Paulo Roberto MOTA, informa que “tal conceito se refere a objetivos mais amplos de equidade e de desenvolvimento econômico-social”.

Bem verdade é que a forma hodierna de representação do orçamento representa um grande passo na direção da avaliação dos resultados pretendidos pelo governo. Cabe salientar, entretanto, que as normas que disciplinam essa avaliação – basicamente, o inciso II do § 1º do art. 166 da Constituição, a alínea *e* do inciso I do art. 4º e o § 3º do art. 50 da LRF, o art. 6º da Lei nº 9.989/2000 (PPA 2000-2003) e o art. 21 da Lei nº 10.524/2002 (LDO 2003) – são bem menos detalhadas que aquelas que disciplinam o exame da gestão fiscal, das quais o exemplo mais acabado é a LRF. Nesse particular, vale citar TOLEDO JÚNIOR e ROSSI (2001, p. 224-225), os quais, em seus comentários sobre o § 3º do art. 50 da LRF (“a administração pública manterá sistema de custos que permita a avaliação e o acompanhamento da gestão orçamentária, financeira e patrimonial”), afirmam:

“Mesmo que de forma gradual e simplificada, a implantação do sistema de custos é, sem dúvida, medida

altamente salutar. Nunca é demais lembrar que os custos públicos têm sido um indecifrável enigma, uma autêntica *caixa-preta* da Administração”. [grifo no original]

Se a legislação sobre finanças públicas, por um lado, parece não contemplar de forma adequada as exigências relativas ao acompanhamento da eficácia, da eficiência e da efetividade, as normas sobre direito administrativo, por outro, parecem não contribuir para que esse acompanhamento seja levado a cabo. A respeito desse tema, ROCHA (2003, p. 231) aborda dois aspectos sobre os quais se deve refletir:

“a) a aparente contradição entre o direito administrativo – e o modelo burocrático correspondente – e as demandas de autonomia e de flexibilidade que os novos desenvolvimentos da administração propõem em função dos requisitos de eficácia, eficiência e efetividade;

b) a conseqüente deficiência do direito administrativo como ferramenta de controle gerencial da administração pública.”

Aliada à dificuldade de interpretação das peças financeiras, há que se considerar o fato de ser restrito o conhecimento sobre como se dá a elaboração e a discussão do projeto de lei orçamentária. Não obstante a LRF prever a participação popular e a realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos (parágrafo único do art. 48), tal prática ainda se revela incipiente; segundo VICCARI JÚNIOR et al. (apud CRUZ, 2002, p. 185), “para que se torne uma realidade, será necessário que se discipline a forma através da qual a participação popular será incentivada”. De fato, são escassas as informações a respeito de como é definida a proposta de orçamento encaminhada pelo Executivo ao Congresso; além disso, não há qualquer norma federal que delinhe algum modo de participação popular na formula-

ção dessa proposta. Nesse caso, importante é que as experiências sobre *orçamento participativo* sejam avaliadas, principalmente no que diz respeito aos aspectos da legitimidade, da racionalidade e da viabilidade. As atribuições concernentes à apresentação e à discussão da LOA pertencem, respectivamente, ao Executivo e ao Legislativo (art. 165 da Constituição). Seria o caso, então, de se perguntar se a participação da sociedade na definição do orçamento não seria uma afronta às incumbências desses dois Poderes. Em relação ao Legislativo, fácil ver que tal não é o caso, na medida em que o mecanismo de participação social direta se dá na fase de elaboração da proposta, restando, dessa forma, preservadas as competências dos parlamentares – isso, obviamente, desde que não haja uma ação coordenada pelo Executivo, seja diretamente ou por meio de grupos de interesse, para que seja aprovada sua proposta. Quanto a uma eventual ingerência sobre o Executivo, este também não parece ser o caso. De fato, as normas atribuem a esse Poder a iniciativa da proposta de orçamento, deixando a seu cargo o modo como conduzirá sua elaboração. O aspecto mais crucial relativamente a quão legítimo é o mecanismo do orçamento participativo diz respeito à representatividade das pessoas envolvidas no processo, o que levanta a questão da forma como se dá a escolha dessas pessoas. Sobre esse assunto, valiosa é a lição de GIACOMONI (2001, p. 234):

“A legitimidade das representações comunitárias e a qualidade dos processos de escolha das mesmas são internas do próprio movimento comunitário. Os eventuais problemas de organização são perfeitamente naturais e tenderão a ser resolvidos como conseqüência do amadurecimento do movimento.”

No tocante à racionalidade, é importante que tal aspecto seja analisado à luz do objetivo da peça orçamentária, qual seja, a distribuição dos recursos públicos de forma que seja maximizado o bem-estar da

população. A sistemática de produção atual do orçamento não resulta, em geral, de avaliações técnicas, para o que contribui a já comentada falta de dados que permitam tais avaliações. Resulta, isto sim, de decisões políticas influenciadas por valores pessoais e por pressões difusas de grupos de interesses. Dessa forma, o orçamento participativo parece aproximar-se mais das tomadas de decisões que seriam consideradas ótimas, na medida em que favorece a ação dos grupos de interesses, mesmo daqueles que talvez não consigam se organizar para atuar na sistemática atual, em um fórum adequado. A esse respeito, assim se pronuncia GIACOMONI (2001, p. 235):

“O modelo de decisão participativa inova em relação aos métodos convencionais de planejamento e orçamentação, mas mantém consistência com algumas das recomendações teóricas importantes. O modelo atende, por exemplo, ao pressuposto de Waterston de que, em lugar da escolha de objetivos que, na maioria das vezes, apenas idealizam a realidade, deve-se ter, como primeira etapa do processo de planejamento, a determinação dos problemas básicos a serem solucionados. É importante notar, também, que a ampla participação social na identificação dos problemas qualifica as escolhas e constitui-se em espaço onde emergem outras estratégias, além daquelas deliberadas pela Instituição.”

O aspecto da viabilidade de experiências tais quais as do orçamento participativo é especialmente crítico no caso da União. Isso em função da própria grandeza da lei de meios federal, a qual atinge, simplesmente, toda a população do país. Um problema que salta aos olhos, nesse caso, é o da conservação da própria legitimidade do processo, dada a dificuldade que existiria em se promover a representação de todos os segmentos beneficiados. Nesse ponto, chegue-se à seguinte questão: talvez seja por demais

difícil promover uma justa participação da sociedade na elaboração do orçamento; a solução, nesse caso, seria dar ao fórum já instituído para debater as questões da sociedade – o Congresso Nacional – maior participação no processo orçamentário, tanto na fase de elaboração quanto na fase de execução, inclusive no que diz respeito ao contingenciamento.

Antes que se decida enfrentar a problemática da participação da sociedade junto à formulação do orçamento, é preciso que sejam definidos os alcances das peças orçamentárias da União, dos Estados e dos Municípios. É de eficiência duvidosa, por exemplo, que o orçamento da União trate de obras de interesse isolado de algumas localidades. Tal questão remete à repartição de competências atribuídas pela Constituição a cada uma das esferas de governo. Segundo MORAES (2001, p. 282), “pelo princípio da *predominância do interesse*, à União caberá aquelas matérias e questões de *predominância do interesse geral*, ao passo que aos Estados referem-se as matérias de *predominante interesse regional*, e aos municípios concernem os *assuntos de interesse local*”. A atenção a esse princípio é fundamental do ponto de vista da transparência na execução orçamentária, vez que, por um lado, permite sejam estabelecidos quais atores da sociedade poderão, eventualmente, participar do processo de elaboração da LOA e, por outro, permite ao cidadão comum identificar mais facilmente qual nível de governo é responsável pelo atendimento a uma demanda específica.

Outro ponto a ser considerado no que diz respeito ao entendimento do processo orçamentário relaciona-se à apresentação da distribuição de recursos na LOA. O § 1º do art. 165 da Constituição informa que “a lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, *de forma regionalizada*, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada” [grifo

nosso]. No § 7º do mesmo artigo, é estabelecido que os orçamentos fiscal e de investimentos das estatais, compatibilizados com o plano plurianual (PPA) – obedecendo à regionalização, portanto –, “terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional”. Afora a carência de definições quanto ao que deve ser entendido por “desigualdades inter-regionais” e ao “critério populacional”⁴, é importante observar que as leis orçamentárias anuais (LOA) não vêm cumprindo plenamente tais regras. De fato, o exame da LOA 2003, por exemplo, revela que apenas 16% das despesas primárias receberam destinação para algum estado ou para alguma região.

2. Conclusão

Matéria do jornal *O Globo*, do dia 1º de maio de 2003 (p. 22-23), apresenta a seguinte avaliação sobre as contas públicas brasileiras:

“As contas públicas do país tiveram no mês passado o melhor desempenho num mês de março desde 1991. O setor público consolidado (União, estados, municípios e empresas estatais) conseguiu um superávit primário de R\$ 6,751 bilhões em março.”

Tal avaliação é muito comum e exemplifica bastante o tipo de ênfase que tem sido dada à análise da matéria orçamentária. A legislação e a prática relativas a esse tema evoluíram muito na história recente do país, corroborando para essa afirmação a Lei 4.320/1964, a atual Constituição, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a estruturação de órgãos como a Secretaria do Tesouro Nacional e a Secretaria Federal de Controle Interno. Os avanços conquistados, contudo, não parecem suficientes para garantir um nível de transparência que assegure à sociedade um adequado exame do desempenho do país no que se refere à sua gestão financeira. Isso porque as normas sobre finanças públicas priorizam sobretudo os aspectos

da legalidade e do desempenho fiscal – importantíssimos, diga-se – deixando em segundo plano os aspectos relativos à legitimidade e à economicidade. A gestão orçamentária deve ser pautada pela conformidade à lei e pela responsabilidade fiscal, mas não pode ser avaliada somente por esses determinantes. Precisa mostrar que está atenta aos anseios da população, deixar claros seus objetivos, balizados por um planejamento estratégico, e fornecer informações que permitam avaliar quão eficaz, eficiente e efetiva é tal gestão.

Notas

¹ Segundo SOUSA, GARCIA e CARVALHO (1998, p. 92-93), a cidadania “pode ser definida como o conjunto de direitos e obrigações existentes entre os indivíduos e os Estados a que eles pertencem. (...) A verdadeira cidadania requer simultaneidade no gozo dos direitos e no cumprimento dos deveres, uns e outros inerentes à participação na vida da sociedade política”.

² Segundo TORRES (2000, p. 258), a transparência é a própria clareza. Segundo esse autor, “o princípio da clareza ou da transparência recomenda que o orçamento organize as entradas e as despesas com transparência e fidelidade. Condena as classificações tortuosas e distanciadas da técnica e os incentivos encobertos ou camuflados.” [grifos no original]

³ Era o seguinte o texto do art. 62 da Emenda Constitucional nº 1/69: “o orçamento anual compreenderá obrigatoriamente as despesas e receitas relativas a todos os poderes, órgãos e fundos, tanto da administração direta quanto da indireta, excluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento”. Segundo GIACOMONI (2001, p. 74 – 75), “o dispositivo era claro: as entidades públicas financeiramente auto-suficientes não tinham suas receitas e despesas agregadas ao orçamento central. (...) Entre as entidades auto-suficientes estavam, primeiramente, as sociedades de economia mista (...), algumas empresas públicas (ECT), bem como as autarquias previdenciárias (...), cujos recursos provêm das contribuições de empregados e empregadores”. Segue o professor Giacomoni: “considerando que a situação das finanças públicas deve estar representada no orçamento e que este deve demonstrar a origem e a destinação dos recursos públicos,

é equivocado o conceito de universalidade da Constituição de 1969. A questão fundamental não é a condição de auto-suficiência ou não da entidade, mas se os recursos que a mesma utiliza são públicos ou não”. É crítica aplicável ao caso das autarquias previdenciárias, cujas receitas têm natureza parafiscal e são, portanto, públicas. Ainda segundo o citado professor, “o tratamento *flexível* dado pela Constituição de 1969 ao princípio da universalidade e as liberdades com que operava a burocracia econômica geravam sérias distorções no âmbito das finanças públicas”. [grifo no original]

⁴ “Com a ausência da lei complementar prevista no art. 165, § 9º, da CF, há, também, interrogações quanto ao correto entendimento dessa disposição constitucional [§ 7º do art. 165]. Por exemplo: i) os orçamentos citados devem contribuir para a redução das desigualdades entre as regiões em seu sentido amplo ou, de forma restrita, aos aspectos econômicos?; ii) o que teria levado o constituinte de 1988 a não comprometer também o orçamento da seguridade social com a redução das disparidades inter-regionais?; e iii) o cumprimento da determinação constitucional implicaria regionalizar o orçamento?” (GIACOMONI, 2001, p. 207).

Bibliografia

CRUZ, F. da (Coord.). *Lei de responsabilidade fiscal comentada: Lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GIACOMONI, J. *Orçamento público*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MACHADO JÚNIOR, J. T.; REIS, H. C. *A Lei 4320 comentada*. 30. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2000-2001.

MARTINS, I. G. S.; NASCIMENTO, C. V. (Org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, A. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PEDERIVA, J. H. Accountability, constituição e contabilidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 140, p. 17-39, out./dez. 1998.

RIBEIRO, R. J. B. Aspectos e impactos da questão da responsabilidade fiscal na administração pública. In: _____. (Org.). *Responsabilidade fiscal: pessoal, renúncia de receita, dívida, controle*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

ROCHA, C. A. A. Especialização e autonomia funcional do Tribunal de Contas da União. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 40, n. 157, p. 223-251, jan./mar. 2003.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUSA, J. P. G.; GARCIA, C. L.; CARVALHO, J. F. T. *Dicionário de política*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1998.

TOLEDO JÚNIOR, F. C.; ROSSI, S. C. *Lei de responsabilidade fiscal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: NDJ, 2001.

TORRES, R. L. *Curso de direito financeiro e tributário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORRES, R. L. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 5.